

חובת הגילוי בדיני זכיינות בישראל

מאת

זהר הר נוי*

בעולם הזכיינות יש פערים מובנים בין המזכה (בעל הזיכיון) לזכייין. בשלב המשא ומתן פערים אלה מתבטאים לא רק בהבדלי הניסיון והיכולת הכלכלית אלא גם בפערי המידע ובסיכונים שמקבלים עליהם כל אחד מהצדדים. המאמר מנתח את האינטרסים ואת השיקולים העסקיים של הצדדים בבואם לכות חוזה זכיינות, ברגש על פערי המידע שנגלים בעיקר בשלב המשא ומתן בין הצדדים טרם חוזה הזכיינות. המאמר סוקר את המצב הקיים בדין הישראלי בכל הנוגע לחובת הגילוי המוגברת שנקבעה בתחום הזכיינות ומציב תשתית רעיונית המצדיקה חובת גילוי מוגברת זו. על בסיס תשתית זו ובאמצעות הניסיון שנצבר בדין הזר המאמר מבקש להציע מתווה להסדרתה של חובת הגילוי בזכיינות.

מבוא. א. חוזה הזכיינות ובעיית פערי המידע. 1. האינטרסים של הצדדים. 2. ניגודי אינטרסים בהקמת סניף זכיינות. 3. פערי מידע בחוזה זכיינות. 4. פתרונות השוק לפערי המידע. **ב. הדין בישראל. ג. הצדקות לחובת גילוי מוגברת בדיני זכיינות.** 1. תכונות חוזה הזכיינות. 2. תועלות לשחקנים ולשוק. **ד. משפט משווה.** 1. ארצות הברית. 2. אוסטרליה. 3. בריטניה. **ה. קווים מנחים להסדרתה של חובת הגילוי בחוזה זכיינות.** ו. סיכום.

מבוא

ראובן (המזכה) ושמעון (הזכייין) ניהלו משא ומתן לזיכיון בית קפה. בזמן הבדיקה המקדמית גילה שמעון כי יש קושי בתיקון היתר הבנייה למבנה (לרבות הוצאות בגין בניית ממ"ד וכיוצא בזה) שהוגדר כמחסן. לפיכך נכתב בהסכם כי יש לשמעות זכות לבטל בתוך תקופה מסוימת. ואכן, זמן קצר לאחר כריתת ההסכם בחר שמעון לבטל בשל הקושי האמור. לאחר מכן הגיע לוי, שהתעניין בזיכיון. ראובן לא סיפר ללוי על הפגם אך אמר לו שיש קשיים בהפעלת הזיכיון. הוא אפשר לו להיפגש עם שמעון כדי לקבל מידע מדוע הוא ויתר על הזיכיון, בלי לוודא איזה מידע הועבר ללוי ואם לוי הבין את משמעותו. זמן מה לאחר כריתת ההסכם גילה לוי שאין היתר בנייה, ולפיכך לא ניתן להפעיל את בית הקפה, וכי העלויות הגבוהות הקשורות לעניין זה לא הוסברו לו כדבעי טרם ההתקשרות. בפסיקה נקבע כי על המזכה (ראובן) רבץ נטל מוגבר לספק לזכייין (לוי) מידע מהותי בנוגע לזיכיון. כן נפסק כי כחלק מחובת הגילוי היה על המזכה לוודא שהזכייין הבין את המידע שקיבל.¹ נבקש לבסס ולהצדיק את חובת הגילוי הרחבה שקבעה הפסיקה בתחום הזכיינות, כמו גם את הנטל המוטל על המזכה לוודא כי הזכייין הבין את המידע שנמסר לו וננסה ליצוק תוכן קונקרטי להיקפה של חובת הגילוי של מידע מהותי באמצעות פירוט סוג

* עורך דין. המאמר מבוסס בחלקו על עבודה סמינריונית שכתב המחבר במסגרת תואר השני בפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן באוניברסיטת תל אביב. אני מבקש להודות למערכת **משפטים על אתר**, ובייחוד לצור גרוסמן, על הערותיהם המועילות.

¹ ראו להלן פירוט פסקי הדין בפרק ד למאמר.

המידע שאותו יידרש מזכה לגלות לזכין. בכך נוכל להגביר את הוודאות במשפט הישראלי בנוגע לקיומה של חובת הגילוי וליצור מורה נבוכים לפעולות הנדרשות לקיום חובת גילוי של משא ומתן בזכיינות.

בפרק השני נציג את יתרונותיהם של הסכמי זכיינות, את האינטרסים שבהם ואת הכשלים שבהם. נטען כי קיימים פערים ביחסי זכיינות אשר נובעים גם מהבדלי המידע, הניסיון והסיכון שכל אחד מהצדדים מוכן ליטול. נטען שאת פערי המידע ניתן לצמצם באמצעות הטלתה של חובת גילוי מוגברת.

בפרק השלישי נציג את הדין בישראל בנוגע לחובת גילוי בדיני זכיינות מסחרית, ובפרק הרביעי נבחן את ההצדקות השונות להחלתה של חובת גילוי רחבה. בפרק החמישי נתאר את המצב המשפטי הקיים בדיני זכיינות אל מול הדין הזר שיש בו אסדרה בחקיקה (ארצות הברית ואוסטרליה) ואל מול מדינות שאין בהן אסדרה בחקיקה (בריטניה). בפרק השישי נמליץ על צעדים להסדרת המצב המשפטי, וכניסיון לייצר ודאות נציע מסגרת למושג "מידע מהותי" ולפעולות הנוגעות בחובת הגילוי.

א. חוזה הזכיינות ובעיית פערי המידע

בפרק זה נסקור את האינטרסים השונים של הזכין נציג את היתרונות ונבחן את הכשלים שעלולים להיווצר במשא ומתן לכריתת ההסכם, הן בפערי המידע והן באשר לסיכונים.²

1. האינטרסים של הצדדים

עסקי זכיינות הם יחסים סימביוטיים בין שני עסקים נפרדים: המזכה (Franchisor) – בעל הזכויות להשתמש במותג ובעל הידע והמערכת לניהול העסקי – והזכין (Franchisee) – שהוא סוכן עסקי,³ הרוכש את הזכויות להשתמש במותג ובמידע האמור תוך כדי הסכמה לפיקוח מצידו של המזכה. יש סוגים שונים של הסכמי זכיינות,⁴ וכולם נשענים על העיקרון האמור. במאמר זה נתרכז בזכיינות עסקית (Business Format Franchise) שמוגדרת כתהליך שמוקנה בו רישיון הכולל את הזכויות ואת החובות להעתיק מודל קמעונאות ייחודי רווחי המשרת פלח לקוחות מסוים, בשל הפסיקות הרבות שקיימות בארץ בעניין סוג זכיינות זה. עם זאת מרבית המאפיינים הנדונים במאמר זה חלים על כלל סוגי הזכיינות.⁵

² Antony W. Dnes, *The Economic Analysis of Franchise Contracts*, 152 J. INST. & THEORETICAL ECON. 297 (1996).

³ Cintya Lanchimba et al., *The Impact of Franchisor Signaling on Entrepreneurship in Emerging Markets*, 131 J. BUS. RES. 337 (2021).

⁴ סוגים אחרים נפוצים של זכיינות מסחרית שלא נדון בהם במאמר זה הם לדוגמה זכיינות הפצה (Product Distribution Franchise) שבה ניתנת לזכין הזכות להפיץ את מוצרי המזכה, אך אין קשירת קשר למקום ספציפי שבו ינתן השירות העסקי; זכיינות ייצור (Manufacturing Franchises) – שבה ניתנת לזכין הזכות לייצר את המוצרים של המזכה אך לא למכור אותם. ראו Theeranuch Luangsuwimol & Brian H. Kleiner, *Effective Franchise Management*, 27 MGMT. RES. NEWS 63, 63 – 64 (2004).

⁵ Patrick J. Kaufmann & Sevgin Eroglu, *Standardization and Adaptation in Business Format Franchising*, 41 J. BUS. VENTURING 69, 70 – 71 (1999); Rajiv P. Dant, Marko Grünhagen & Josef Windsperger, *Franchising Research Frontiers for the Twenty-First*

הזכיין, שלעיתים רבות הוא חסר ניסיון,⁶ מצמצם את הסיכון של העסק להיכשל בחודשיו הראשונים (זמן ההרצה)⁷ באמצעות כלים שונים שמעמיד לרשותו המזכה, לרבות ליווי,⁸ שימוש במוניטין של הזכיין (לרבות שיווק משותף של כלל הרשת), בלעדיות גאוגרפית⁹ וקבלת גישה למידע עסקי.¹⁰ המזכה נהנה מגיוס הון קל יותר להקמת הסניף,¹¹ מהתרחבות מהירה של המותג,¹² מפתרון חלקי של בעיית הנציג,¹³ מפתרון בנושא גיוס עובדים בסניפים

Century, 87 J. RETAILING 253 (2011). יצוין כי לעתים יש קושי להבחין במשמעות בין סוגי הזכינות השונים. להרחבה, ראו Dnes, לעיל ה"ש 2, בעמ' 297.

⁶ יהודה טרואן ניהול עסקים בשיטת הזכינות – סיכונים, סיכונים והסדרים 1, 3 (הכנסת, מרכז מידע ומחקר 2005).

⁷ עדי אייל "על הסכנה ההגבלית שבהסכם זכינות – פטור ולא פטור" הפרקליט נב נב 3, 6 (2014); Parliamentary Joint Committee on Corporations and Financial Services, Commonwealth of Australia, *Fairness in Franchising* 1, 67 (2019).

⁸ למעשה ללא הליווי של המזכה את הזכיין אין מדובר כלל בהסכם זכינות לפי הדין הישראלי, ראו תנאים מצטברים להסכם זכינות בס' 1 לכללי התחרות הכלכלית (פטור סוג להסכמי זכינות) (הוראת שעה), התשס"א-2001.

⁹ כלי זה מגולם בסעיף 2(ב)(1)-(4) לכללי התחרות הכלכלית (פטור סוג להסכמי זכינות). תנאי זה מתייחס למקרים שבהם המזכה נותן לזכיין אפשרות לעבוד בשטח מסוים ולקבל עליו בלעדיות – זהו יתרונו של הזכיין שאין לו תחרות באשר לאותו מותג באזור מסוים, שהרי ככל שסניפי הרשת במקום מסוים רבים יותר, כך גדלה הפגיעה ברווחיותו של כל אחד מהסניפים. ראו Dnes, לעיל ה"ש 2, בעמ' 307, שם נאמר כי ככל שמספר הזכינים קטן יותר, מכירותיו של המזכה רבות יותר. לעניין חשיבותו של תנאי זה ראו את החזקה שקובעת כי אי-בלעדיות בזכינות מצריכה הוכחת נסיבות מיוחדות אשר מוטלת לפתחו של המזכה להצדיקן. ראו ת"א (שלום ת"א) 9304-03-13 אפנת אנרגי בע"מ נ' בנחמו, פס' 152 לפסק דינו של השופט עדר (נבו 15.3.2016). יתרונו של המזכה, נוסף על האמור, הוא בהקטנת עלויות הפיקוח במקומות מרוחקים, ראו Dnes, לעיל ה"ש 2, בעמ' 299.

¹⁰ ס' 2(1) לכללי התחרות הכלכלית (פטור סוג להסכמי זכינות). המטרה כאן היא למעשה לסייע לזכיין, בדרך כלל חסר ניסיון מקצועי, לדלג על שלבים של עיצוב הסניף, של מציאת ספקים ושל דרכי מכירה ולהיכנס למערכת משומנת אשר כבר עובדת בכמה סניפים באמצעות הנגשת מידע עסקי שיתגבר על הפערים האמורים. אייל, לעיל ה"ש 8, בעמ' 4, 6-7.

¹¹ ראו Dnes, לעיל ה"ש 2, בעמ' 298; Swati Panda et al., *Franchising: a Signaling Perspective*, 38 J. BUS. & INDUS. MKTG. 813 (2023).

¹² ההתרחבות המהירה של המותג קורית באמצעות כמה גורמים הקשורים למנגנון הזכינות, שהם גיוס הון בידי הזכינים שמצטרפים לרשת ושימוש בזכינים כשלוחים של המזכה אשר יש להם אינטרס כלכלי להצלחת העסק, תוך כדי התגברות על בעיית הנציג. לעיתים ההתרחבות קורית אף באמצעות "המרת זכינות" (Conversion Franchising), שזוהי פעולה של השתלטות מזכים על זכינים של רשתות מתחרות, Cori Hodge et al., *Franchising Determinants of Franchise Conversion: A Franchisee Perspective*, 47 EUR. J. MKTG. 1554 (2013).

¹³ בעיית הנציג קורית כאשר אין תמריץ מספק או פיקוח אפקטיבי על נושא משרה, דבר העלול לפגוע בחברה. את הפתרון שמציעה הזכינות ניתן למצוא בשני היבטים מרכזיים: מבחינת התמריץ – מאפשרים לזכיין להרוויח ללא תקרה, והוא למעשה בעל הבית של הסניף, במגבלות הסכם הזכיין. מבחינת בעיית הפיקוח האינטרסים של הצדדים מתרכזים בהצלחת הסניף, ובמקומות שיש בהם פערים, יש לעיתים מנגנונים שמסייעים למזכה לפקח. אייל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 8; Steven C. Michael, *Entrepreneurial Signaling to Attract Resources: The Case of Franchising*, 30 MANAGERIAL & DECISION ECON. 405 (2009).

ופיקוח עליהם, מפזזור סיכון, מחסכון עלויות בחיפוש מידע להתאמת הסניף למקומיים¹⁴ ומיוזמות זכיינים לפיתוח הרשת.¹⁵

לחוזי זכיינות יש בדרך כלל כמה סעיפים מרכזיים עיקריים, שיפורטו להלן: ¹⁶ ראשית, החלק של ההקמה. חלק זה כולל בעיקרו התחייבויות של הצדדים להקמת העסק, הסדרים שנוגעים לקניין רוחני ולשיתוף פעולה עתידי שעיקרו התחייבות הזכייין לעמוד בסטנדרטים של הרשת המזכה (שעות פתיחה, שירות, איכות וכדומה). מנגד המזכה מתחייב להעניק לזכייין ליווי לעסק, הכשרות לעובדים ופרסום.¹⁷ ההיבטים הכספיים של חוזה זכיינות כוללים בתוכם בדרך כלל שלושה מרכיבים: דמי זיכיון, דמי ליווי ותמלוגים. דמי הזיכיון מגלמים בתוכם רצון לרתום את הזכייין לסיכון מוגבר שסייע לו להשתדל יותר בהצלחת הסניף, ביצירת הון למזכה ובהטלת סנקציה במקרה שהוא יעזוב לאחר שהמידע לניהול העסק יועבר על ידי המזכה; דמי הליווי בדרך כלל ניתנים בתמורה לליווי של העסק בידי המזכה; התמלוגים מגלמים בתוכם שיעור מסוים מההכנסות, ולעיתים רחוקות הרווחים, של הזכייין שעליו לשלם מדי חודש בחודשו למזכה.¹⁸ היבט נוסף שמצוי בכל חוזה זכיינות הוא סיום תקופת ההסכם, אם בתאריכים ובהסכמות שנקבעים מראש ואם בשל הפרות של מי מהצדדים את ההסכם,¹⁹ ולעיתים אף דרישות של אי-תחרות של הזכייין במזכה.²⁰

במהותו של הסכם הזיכיון יש מאזן כוחות אינהרנטי שפועל נגד הזכייין,²¹ שהרי בהסכם עצמו הוא מגביל את עצמו לפי רצונו של בעל הזיכיון.²² הצדדים לוקחים סיכון משותף בהקמת הסניף, אך מדובר ברמת סיכון שונה לכל אחד מהם. כאשר הסניף נכשל, תיתכן למזכה פגיעה במוניטין, ואולי תביעות של ספקים או בעלי עניין אחרים, אך אין ספק שבמרבית המקרים הרשת תעמוד על רגליה.²³ מנגד, מצד הזכייין, הקמת סניף זכיינות כרוכה

¹⁴ עניין זה של התאמת הסניף למקומיים מהווה גם אפשרות של המזכה להתפתח לשווקים שאינם מוכרים באמצעות חיבור ספציפי של הזכייין עם הקהילה, ובמקרים מסוימים אף מסייע למזכה לפתח את הרשת כולה באמצעות יוזמתם. ראו שם; Alanson P. Minkler, *Why Firms Franchise: A Search Cost Theory*, 148 J. INST. & THEORETICAL ECON. 240, 244 - 246, 256 (1992).

¹⁵ דוגמאות ליוזמות של זכיינים ניתן למצוא ברשת מקדונלד'ס, לרבות ארוחת ילדים (Happy Meals) והדמות רונלד מקדונלד (Ronald McDonald), שם, עמ' 245.

¹⁶ Paul H. Rubin, *The Theory of the Firm and the Structure of the Franchise Contract*, 21 J. L. & ECON. 223, 224 (1978).

¹⁷ תנאים אלה לרוב נמצאים בצורה דומה בהגדרת "הסכם זכיינות". ראו ס' 1 לכללי התחרות הכלכלית (פטור סוג להסכמי זכיינות).

¹⁸ ראו Rubin, לעיל ה"ש 16, בעמ' 229.

¹⁹ איריס סורוקר "רגולציה של סיום הזיכיון" **ספר יורם דנציגר** 673, 684 (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים (2019).

²⁰ Rubin, לעיל ה"ש 16, בעמ' 231.

²¹ מאמר זה אינו עוסק בסוגיית פערי הכוחות בכללותה כדיני זכיינות אשר להם כמה פתרונות שונים מכוח החוק, כמו דיני ההגבלים העסקיים, תום לב מוגבר בקיום החוזה וכדומה, אלא רק בפער הכוחות שנובע מפערי המידע.

²² בחלק ניכר מהמקרים אף מדובר בחוזים של TIOLI (Take It Or Leave It). להרחבה, ראו Caroline B. Fichter, Andrew M. Malzahn & Adam Matheson, *Don't Tread on Me: A Defense of State Franchise Regulation*, 38 FRANCHISE L. J. 23, 51 (2018).

²³ לסיבות לכישלונות מוכים ראו Carlos J. Rodríguez-Rad, F. Javier Rondán-Cataluña, & Juan Antonio Macías-Molina, *A Longitudinal Study of Franchisor Failure According to Altman's Z Model*, 24 J. BUSINESS-TO-BUSINESS MKTG. 297, 299-300 (2017).

בדרך כלל בהוצאה של מאות אלפי ש"ח (לרבות תשלום דמי זיכיון, פתיחת המתחם ועלות הכשרתו). כישלון של הסניף יכול להידרדר בנקל לקריסה כלכלית של הזכייין. לפיכך מובן כי הזכייין הוא הנוטל את מרבית הסיכון.²⁴ לפיכך וכחלק משיקול פתרון בעיית הנציג, מזכים מעדיפים זכיינים על פני עובדים, בשל הפחתת עלויות הפיקוח והפחתת ההון הנדרש להקמת סניף.²⁵ העדפה זו מתגברת ככל שהמרחק בין הסניף הראשי לבין סניף הזכיינות רב יותר (בבחינת הפחתת עלויות פיקוח),²⁶ וכשיש לזכייין ניסיון רלוונטי (בבחינת הפחתת עלויות לימוד מיומנות של זכייין חדש).²⁷

העובדה שהזכייין נוטל על עצמו את מרבית הסיכון, ושלמזכה יש מרבית המידע בנוגע לזיכיון, אינה גורמת למזכה לוותר על בטוחות, לרבות מנגנונים הסכמיים ששומרים על האינטרסים שלו. לדוגמה, לחשש לעזיבת הזכייין את המזכה לאחר שיצבור מספיק ידע ומיומנות יש פתרון בדמות דמי זיכיון שיחייבו את הישארות הזכייין בזיכיון לתקופה מסוימת כדי שידרש לו זמן עד שיוכל ליהנות מרווחים כלכליים טרם עזיבה ופיצויים מוסכמים במקרה של הפרה או שימוש בסוד מסחרי.²⁸ חשש לתרמית בהיקף המסחר של העסק כדי להקטין את התשלום למזכה (בשל תנאי הקושר את התשלום למזכה במכירות הזכייין) יכול להיות מגובה במנגנוני פיקוח על מוצרים (למשל שקיות ספציפיות לעטיפת מנות אוכל) או בביקורות פתע הבודקות את טיב המוצר המשווק, שילוו בסנקציה או בפרס.²⁹

המערכת שבה הזיכיון משווק לזכיינים נוצרת בלא שיש לזכייין אין יכולת אמירה משמעותית בנוגע לחוזה הזיכיון, בין שמדובר בעובדה שבדרך כלל בחוזה זכיינות צד אחד, המזכה, קובע את התנאים ואינו מאפשר כמעט לשנותם,³⁰ ובין שמדובר בשיווק אגרסיבי של המזכה שמפריע לו לבחון את המידע הנוגע לזיכיון באמצעי לחץ שונים.³¹ פערי הכוחות המתוארים לעיל גורמים שלזכייין אין אפשרות לייצר מנגנונים הסכמיים כדי להגן על עצמו. לכן בדיקה של טיב הזיכיון, באמצעות מידע שיגיע אליו, חשובה ביותר עבורו.³² חרף זאת היכולת לקבלו אינה פשוטה, ויש סבירות גבוהה שלא יקבל מידע מדויק ואמין, גם בשל העובדה שמידע זה אינו חלק אינטגרלי מהתחייבות המזכה כלפי הזכייין, וגם בשל העובדה

²⁴ Dnes, לעיל ה"ש 2, בעמ' 298.

²⁵ שם, בעמ' 311.

²⁶ אייל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 8.

²⁷ Dnes, לעיל ה"ש 2, בעמ' 312.

²⁸ לעניין חשש זה ניתן להשתמש בטענה כי בניגוד לקשרים עסקיים אחרים, לקשר עסקי בזכיינות יש מוטיב של קשר הורה-ילד, כאשר ההבדל הוא שכאשר ילד נעשה בוגר הוא יכול לעשות ככל העולה על רוחו, ואילו הזכייין לא. ראו MARTIN MENDELSON, THE GUIDE TO FRANCHISING 146 (6th ed. 1999).

²⁹ אייל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 17 – 19; דויד גילה ויוסי שפיגל ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך א 361 (2008); Benjamin Klein & Lester F. Saft, *The Law and Economics of Franchise*; (2008) 345, 349-351 (1985) G. Frank Mathewson & Ralph A.; *Tying Contracts*, 28 J. L. & ECON. 345, 349-351 (1985) Winter, *The Economics of Franchise Contracts*, 28 J. L. & ECON. 503, 511 (1985).

³⁰ Fichter, לעיל ה"ש 22.

³¹ Robert W. Emerson & Michala Meiselles, *U.S Franchise Regulation as a Paradigm for the European Union*, 20 WASH. U. GLOBAL STUD. L. REV. 743, 762 – 765 (2021).

³² ראו Dnes, לעיל ה"ש 2, בעמ' 311.

כי המזכים חושפים את עצמם אם הם מעניקים מידע (בעיקר תחזיות כלכליות) שעלול להיחשב לא מדויק, ולכן יעדיפו לתת פחות מידע ככל האפשר.³³

2. ניגודי אינטרסים בהקמת סניף זכיינות

כאמור, הזכייין מעדיף להשתמש בזכיינות כדי למנוע סיכון של עסק חדש בשלבי ההקמה, הן בהסתמכות על מוניטין המזכה והן בהסתמכות על המידע העסקי והניהולי שיש לו.³⁴ מנגד, הסיכון למזכה בקריסת סניף חדש לא רק קטן בהרבה מהסיכון של הזכייין, אלא שהוא גם הצדקה מטעם המזכה לנטילת סיכון גדול בפתיחת סניף זכיינות יותר מבפתיחת סניף כלשהו אילו היה בבעלות המזכה.

יכולתו של המזכה לקבוע את תנאי ההסכם, לרבות הסנקציות ומועדי התשלומים, עלולה לגרום לכך שמזכה יעדיף להגדיל את הסיכון בפתיחת סניף זכייין, שהרי גם במקרה של כישלון הסניף עדיין יהיה לו רווח כלכלי, בין שמדובר בכספים בסכומים קטנים של תמלוגים חודשיים (אלפי ש"ח, שישולמו גם בתקופת הרצה של כמה חודשים) ובין שמדובר בסכומים כספיים גבוהים יותר של דמי זכייין (עשרות אלפי – מאות אלפי ש"ח שישולמו גם אם המיזם לא צלח). מנגד, גם כאשר מבחינת המזכה אין סיכון, ומדובר בסניף מוצלח, הסיכון שנוטל הזכייין גבוה. הפיתוי לסלק את הזכייין הוא רב ועומדים לרשותו של המזכה כלים מגוונים, כגון הקשחת תנאי בחידוש הזכייין או הוספת זכיינים באזור הזכייין כדי לפגוע ברווחיות הסניף ולגרום לזכייין לעזוב או לנטול את הסניף לעצמו (כיוון שהסניף רווחי מאוד) או למכור את הזכייין מחדש ולגבות דמי זכייין נוספים.³⁵ לזכייין אין יכולת לדעת על תוכנית המזכה, והדרך ללמוד על התנהלות עתידית היא גילוי התנהגותו בעבר, שככלל לא תינתן בשל מטרת המזכה למשוך זכיינים, שיכול שתיפגע בשל חשיפת התנהגות שלילית אם קיימת.

פיתויים אלה שמוטלים לפתחו של המזכה, בשילוב עם הסתמכות הזכייין שבוטח בו בשל אופי הסכם הזכיינות כחוזה יחס ששורשו אמון הדדי³⁶ – עלולים להיות בבחינת פרצה הקוראת לגנב. אכן, אם המזכה הוא הגון, חששות אלה אינם רלוונטיים. עם זאת פגמים במזכה (חוסר ידע או חוסר תום לב) עלולים להיות קשים לזיהוי על ידי הזכייין הפוטנציאלי ועלולים לגרום לו הפסדים וקריסה כלכלית.³⁷

כפי שניתן לראות, האינטרסים של הצדדים בהסכמי זכיינות בעניין הסיכון מתנגשים. מצד אחד הזכייין, אשר מעוניין להקטין את הסיכון באמצעות הזכיינות, ומהצד האחר המזכה, שלא רק מקטין את הסיכון באמצעות השימוש בזכייין, אלא גם יכול ליצור לעצמו רווח גם אם

³³ Lanchimba et al., לעיל ה"ש 3, בעמ' 338. לעניין המידע המדויק ראו גם את הדין הגרמני אשר אינו מכיל בתוכו חובת גילוי מידע כבדין האמריקאי אך קובע כי כאם יש הועבר מידע, עליו להיות מדויק. ראו Dagmar Waldzus, *Germany - Pre-Contractual Disclosure Requirements and Relevant Case Law*, 12 INT'L J. FRANCHISING L. 3, 5-6 (2014).

³⁴ Mathewson, לעיל ה"ש 29, בעמ' 511 – 512.

³⁵ Uri Benoliel & Jenny Buchan, *Franchisees' Optimism Bias and the Inefficiency of the FTC Franchise Rule*, 13 DEPAUL BUS. & COMM. L. J. 411, 414-416 (2015) יובהר כי אם המזכה נוטל את הזכייין לעצמו, מדובר בהתנהלות לגיטימית, אשר חרף היותה פוגעת בזכיינים מותרת על פי חוק. ראו ס' (9) לכללי התחרות הכלכלית (פטור סוג להסכמי זכיינות).

³⁶ דוד רונן, *התאמת חוזים לנסיבות משתנות*, 1, 36 (2001).

³⁷ טרואן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 4.

הסניף ייכשל, בין שמדובר בתמלוגים מהעסק ובין שמדובר בדמי הזיכיון אשר משולמים גם אם המיזם לא יצא כלל לפועל.³⁸ במובנים מסוימים האינטרס של המזכה הוא דווקא להגדיל את הסיכון שסניף ייכשל. כך למשל נוצר תמריץ למזכה למכור דמי זיכיונות על אותו זיכיון שעלולים להיות משתלמים יותר משמירת הזכיון הנוכחי, ולכן אף מגביר את אינטרס המזכה להסתיר מידע חיוני מהזכיון – דבר אשר משליך על בעיית פערי המידע, בדגש על שלב המשא ומתן.

3. פערי מידע בחוזי זכיינות

בעיית פערי המידע קיימת במקומות רבים של התקשרויות בין צדדים, לרבות בשלבים של משא ומתן.³⁹ בעיית פערי המידע נוגעת במצב שבו לצדדים אין גישה שוויונית למידע. תוצאתה של בעיה זו היא שלאנשים מסוימים יש גישה למידע רלוונטי, ולאחרים אין כלל גישה למידע זה. פערי מידע בזכיינות נובעים בעיקר מטבעו של המידע⁴⁰ ומחוסר יכולתם של יחידים להעריך את המידע הזמין, שיכול להיות מוצג בצורה מטעה.⁴¹ במצב דברים זה לאחד הצדדים בהתקשרות אין יכולת לקבל החלטה מיועצת כמו לצד האחר. הבעיה מתגברת בעיקר כאשר מדובר בעסקאות של מכר, כאשר בדרך כלל המוכר עלול להסתיר חלק מהמידע, אם בשל עלויות גילוי המידע⁴² ואם כדי להסתיר איכות נמוכה של המוצר.⁴³ בעיית פערי המידע בזכיינות מתרחשת כאשר למזכה יש בדרך כלל ידע ומידע רבים מאלה שיש לזכיון הפוטנציאלי, הן באשר לתחום הזכיינות בכלל והן באשר לזכיינות הספציפית.⁴⁴ הבעיה יכולה לגרום לזכיון לא להבין את הכדאיות הכלכלית של הזיכיון (למשל חישובי

³⁸ שיטה מוכרת זו הייתה בארצות הברית טרם האסדרה שם. ראו Gaylen Knack, *US FTC Franchise Disclosure Rule - Franchising Safeguard or Unnecessary Burden*, 17 INT'L J. FRANCHISING L. 21 (2019).

³⁹ ראו לדוגמה פערי מידע שנוצרים בשוק ההון ובשוק המכוניות אצל עמרי ידלין "חידת 'מחיר המקסימום' בהנפקות ופתרונה (הזמני)" **עיוני משפט** יט 91, 122–123 (1994) ופערי מידע שנוצרים לאחר הגשת תביעות, בעיקר בתביעות ייצוגיות, אצל אלון קלמנט ורות רונן "בחנית עילת התביעה וסיכוייה בשלב אישור התובענה הייצוגית" **עיוני משפט** מב 5, 15 (2019).

⁴⁰ טבעו של המידע הוא שמדובר במידע שאי אפשר לחזות בוודאות (כגון סיכויי הצלחה של קונספט תפעולי מסוים או סיכויי רווח) כיוון שהוא תלויים במה שיקרה בעתיד. ראו Rajiv P. Dant & Patrick J. Kaufmann, *Structural and Strategic Dynamics in Franchising* 79 J. RETAILING 63, 65 (2003).

⁴¹ Jannett Ayup Gonzalez, Esther Calderon-Monge, & Agustin Carrilero-Castillo, *The Effects of Management and Environmental Factors on Franchise Continuity*, 32 ECON. RES.-EKONOMSKA ISTRAŽIVANJA 982, 984 (2019).

⁴² יצוין כי עלויות גילוי המידע עלולות להיות מושפעות גם משוק תחרותי במיוחד שיש בו מוכרים רבים כיוון שככל שהמוכרים רבים יותר, איכויות המוצר הספציפי רבות יותר. לכן פער האיכות ביניהם קטן. צמצום הפערים גורם להפחתת הרווח שיהיה למוכר ולהבחין בינו לבין המוצר הקרוב אליו באיכותו. בעקבות זאת ככל שהמוכרים רבים יותר, כך מוכרים ימצאו שתשלום עבור גילוי המידע מתגמל פחות, ולכן ישתפו פחות מידע. ראו Michael, לעיל ה"ש 13, בעמ' 406 – 407.

⁴³ שם, בעמ' 406.

⁴⁴ Nancy T. Gallini & Nancy A. Lutz., *Dual Distribution and Royalty Fees in Franchising*, 8 J. L., ECON., & ORG. 471 (1992).

הזכין אם השקעה בזיכיון כדאית מעבודה כשכיר)⁴⁵ או הסיכונים של הזיכיון והתנגשות האינטרסים של הצדדים כמפורט לעיל, אשר יכולים להשפיע על רצונו של הזכין להתקשר בהסכם עם המזכה. כפי שניתן לראות, בעיות אלה קורות בעיקר בשלב המשא ומתן.⁴⁶

4. פתרונות השוק לפערי המידע

כדי לפתור את עניין פערי המידע בשלב המשא ומתן ולהתגבר על עלויות הגילוי שמוטלות על מזכה שרוצה לחשוף מידע, ניתן להשתמש בתאוריית האיתותים שמאפשרת לצדדים שיש ביניהם פערי מידע להשתמש באיתות כדי להעביר מידע אמין ולהפחית את אי-הוודאות,⁴⁷ ואף לקבל החלטות טובות יותר, שיסייעו להפחתת עלויות של העברת מידע ולשיפור ביצועים.⁴⁸ כדי שהאיתות יהיה אפקטיבי, צריך שיתקיימו תנאים בסיסיים: הנמענים צריכים לדעת איזה מידע לחפש; האיתות הוא ברור, ללא עלות וקל לזיהוי; יש עלות גבוהה לצדדים האחרים של השימוש באיתות, בייחוד לכאלה בעלי איכות נמוכה.⁴⁹

בשל פערי המידע המובנים שקיימים בין המזכה לזכין, כאמור, ענף הזכיינות הוא כר פורה לבחינת שימוש באיתותים. למשל, רשת גדולה שהיא בעלת מוניטין מעידה על מזכה איכותי.⁵⁰ איתות אחר אומר שככל שהסניפים שבבעלות המזכה רבים יותר, סיכויי הצלחת הזיכיון העתידי גבוהים יותר,⁵¹ שהרי סביר שהמזכה ישמור את הסניפים הרווחיים בבעלותו. בפועל, לא נמצא מחקר אמפירי חד-משמעי שתומך באיתות זה.⁵² נוסף על זה, יש איתות שטוען כי מיעוט סניפים בבעלות המזכה מאותת על מזכה איכותי, אם משום שהוא יציב יותר כלכלית⁵³ ואם משום שיש לו זמן רב יותר להשקיע בטיפוח הזכיינים.⁵⁴ כן נמצא כי ככל שזמן

⁴⁵ ראו למשל את החישוב הכלכלי של עלות זיכיון לעומת עבודה בפועל אצל Rubin, לעיל ה"ש 16, בעמ' 226–227.

⁴⁶ Panda et al., לעיל ה"ש 11, בעמ' 814.

⁴⁷ Lanchimba et al., לעיל ה"ש 3, בעמ' 338.

⁴⁸ Panda et al., לעיל ה"ש 11, בעמ' 815.

⁴⁹ Lanchimba et al., לעיל ה"ש 3, בעמ' 338. למשל, איתות שמבחין בין עובדים באיכות גבוהה לבין עובדים באיכות נמוכה הוא רכישה השכלה ברמה גבוהה מספיק שעובדים בעלי איכות נמוכה אינם יכולים לעמוד בו. ראו Brian L. Connelly, S. Trevis Certo, R. Duane Ireland & Christopher R. Reutzel, *Signaling Theory: A Review and Assessment*, 37 J. MGMT. 39, 42–43 (2011).

⁵⁰ Scott Shane & Maw-Der Foo, *New Firm Survival: Institutional Explanations for New Franchisor Mortality* 45 MGMT. SCI. 142, 144 (1999).

⁵¹ Gallini & Lutz, לעיל ה"ש 44, בעמ' 492.

⁵² Francine Lafontaine, *Contractual Arrangements as Signaling Devices: Evidence from Michael; Franchising*, 9 J. L., ECON., & ORG. 256 (1993), לעיל ה"ש 13, בעמ' 407.

⁵³ אשר לטענה זו ניתן לטעון שמיעוט סניפים דווקא אומר שיש סיכון גבוה יותר למזכה, שהרי קריסת סניף אחד משמעה פגיעה קשה במזכה (תודות למערכת "משפטים על אתר" על הערה זו). מנגד, לכל סניף יש הסיכונים שלו וחשש לכישלון. ככל שהסניפים שיש למזכה רבים יותר, כך גדל הסיכון שלו באשר לכל סניף, כלומר: ריבוי בעלות של המזכה בסניפים סותר את רעיון הזכיינות שהוא גם פיזור סיכונים. ההנחה לטענה ליציבות כלכלית היא שאם המזכה מחזיק מעט סניפים בבעלותו, הרי שאלו הסניפים היציבים ביותר, ומכאן שגם המזכה הוא יציב יותר. לחשיבות איתות היציבות הכלכלית של המזכה, ראו Rodríguez-Rad et al., לעיל ה"ש 23.

⁵⁴ Michael, לעיל ה"ש 13, בעמ' 409. יובהר כי היפותזה זו לא אושרה במחקר המצוין.

קיומה של הרשת רב יותר זמן, או ככל שסניפי הזכיינות אחידים יותר, יש בכך העדה על מזכה איכותי יותר.⁵⁵

אפשרות נוספת היא לבחון איתותים מההסכם. למשל, בהתעקשות המזכה על אזור ספציפי של זיכיון ובהקשחה של העברת הזיכיון יש כדי לאותת כי הוא מתכוון להשקיע בזכיון הפוטנציאלי.⁵⁶ כמו כן ניתן להסיק מההסכם שככל שהסכום החד-פעמי (תשלום לרכישת הזיכיון) והתמלוגים גבוהים יותר, כך סביר יותר שהזיכיון שווה יותר.⁵⁷ לפיכך ככל שהסיכון הטמון במיזם גדול יותר, כך גדולה יותר הסבירות שהחווה יכול תמלוגים נמוכים עבור המזכה.⁵⁸

גם שיתוף מידע יכול להוות איתות. בהתקיים תנאים מסוימים (לרבות אי-עלותו של גילוי מידע מטעם המזכה, ספקנות הזכיון⁵⁹ וידיעת הזכיון על מספר המזכים),⁶⁰ ייתכן כי המזכה יגלה מידע מטעמו, שהרי ככל שהמידע שהוא מוסר לזכיון על המוצר רב יותר, כך הוא מאותת על טיב המוצר, ובכך יש תמריץ למזכים למסור לזכיינים מידע רב ככל האפשר.⁶¹ לפיכך נמצא כי מסירת מזכים מידע וולונטרית היא איתות על טיב הזיכיון⁶² שיכול להיות מושפע מהתנהגות מזכים אחרים.⁶³ חרף העובדה שמדובר באיתות שאמור למשוך זכיינים איכותיים, אין הגילוי מרצון ננקט,⁶⁴ בשל עלויות המידע⁶⁵ ולעיתים בשל אדישות הזכיינים.⁶⁶ למרות היתרונות הפוטנציאליים של תאוריית האיתותים אשר מצויה בספרות הכלכלית, אין בהם כדי לפתור במלואה את בעיית פערי המידע בשלב המשא ומתן. כדי שתאוריית האיתותים תפעל בצורה מיטבית, יש צורך שהצדדים יהיו מיומנים מספיק ויבינו אותה. בפועל, אין אלה פני

ראו Ayup-Gonzalez et al., לעיל ה"ש 41, בעמ' 986.

Laura Lucia-Palacios et al., *Franchising and Value Signaling*, 28 J. SERV. MKTG. 105, 112 (2014).

Dnes, לעיל ה"ש 2, בעמ' 299.

Cintya Lanchimba et al., *Entrepreneurial Orientation, Risk, and Incentives: The Case of Franchising*, 50 SMALL BUS. ECON. 163 (2018).

סקפטיות הזכיון משמעה כי הזכיון מבין כי מזכה שאינו מוסר מידע הוא כנראה מזכה שהזיכיון שהוא מוכר ממוצע, ומי שמסר מידע הוא בעל זיכיון איכותי.

נקודה זו רלוונטית בשל ההנחה שככל שהמוכרים רבים יותר, הם ימצאו שתשלום עבור גילוי המידע מתגמל פחות, ולכן ישתפו פחות מידע. דבר זה גורם לאיתות של שיתוף המידע לא לעבוד. ראו Michael, לעיל ה"ש 13, בעמ' 406-407.

שם, בעמ' 406.

Ayup-Gonzalez et al., לעיל ה"ש 41, בעמ' 3.

הרעיון אומר כי אם אף לא אחד אינו מגלה מידע, אני מגלה מידע כדי למשוך זכיינים לרכוש את הזיכיון שלי. אם המתחרה שלי גילה מידע, הסבירות היא שהזכיון יחשוב שהוא עדיף. לכן יש למזכה תמריץ לחשוף אפילו מידע רב יותר כדי למשוך את הזכיון. לפיכך נמצא כי אם המזכה החזק בשוק מבצע את הגילוי או ככל שהמזכים החושפים את המידע רבים יותר, הסיכוי לגרום למזכים אחרים לפעול כך, גדל. Michael, לעיל ה"ש 13, בעמ' 413.

Robert W. Emerson & Uri Benoliel, *Are Franchisees Well-Informed: Revisiting the Debate over Franchise Relationship Laws*, 76 ALB. L. REV. 193, 203 (2012).

שם.

אדישות הזכיינים למידע (כלומר הזכיון אינו מעוניין במידע שמוצג לפניו) היא מסקנה אמפירית שנקבעה במחקר, והיא למעשה סותרת את המודלים התאורטיים שהציעו שזכיון פוטנציאלי דווקא ירצה לקבל מהמזכה מידע רב ככל האפשר. שם, בעמ' 416-417.

הדברים, שהרי חלק ניכר מהזכיינים ניגשים לזכיינות דווקא בשל חוסר המיומנות.⁶⁷ גם אם הזכייין כן מבין את האיתות, יש חשש שהמזכה ישתמש בו ככלי שיווקי⁶⁸ או לא ישתמש בו כיוון שאין תמיכה מחקרית אמפירית חד-משמעית לתועלת בשימוש באיתותים.⁶⁹ לכאורה, האפשרות לפתור את הבעיה של פערי המידע באמצעות חובת גילוי על המזכים בנוגע לזיכיון מובנת מאליה. מדובר במקרה קלאסי של פערי מידע בין הצדדים שיכולים לפגוע ביכולתם של הזכיינים לקבל החלטה מושכלת בנוגע לשאלה אם להיכנס לזיכיון. ניתן לטעון אף כי החלטה של הזכייין שאינה מושכלת עלולה לפגוע אף במזכה בבחינת תיאום ציפיות בדבר המאמץ הדרוש להיכנס לזיכיון, בדבר סיכויי הצלחה ואף בדבר הקטנת סיכוי לסכסוכים משפטיים. מנגד, חובה שכזו ברמה גבוהה מדי, עלולה לחשוף שיטות עסקיות או סודות מסחריים של המזכה, ועל כן יש להשתמש בה בזהירות המתבקשת.

חובת גילוי מלאה לא תוכל לפתור פערים אחרים בין הצדדים שאינם יכולים להיפתר, ובראשם פערי ידע (שקשורים בניסיון המקצועי של הצדדים) ופערי ציפיות (שקשורים בתקוות של הצדדים להצלחת המיזם). לפיכך נמצא כי גם אם הייתה קיימת חובת גילוי, היא לא הייתה פותרת את המצב. לזכייין אשר בדרך כלל שם חלק ניכר מממונו להקמת הסניף, בדרך כלל אין הבנה כדי לבחון את מסמך הגילוי.⁷⁰ בשל חוסר ניסיונם העסקי, ככלל, לא יבחנו הזכיינים מידע על הזיכיון גם אם יגיע אליהם ולא יפנו לאיש מקצוע כדי שיבחן את הזיכיון,⁷¹ שגם אם יבחן את המידע – ייתכן שהוא יהיה לא מדויק.⁷² יתרה מזאת, גם במקרים שיש לזכייין הבנה, לעיתים הוא נמנע במכוון מקריאת המידע בשל אופטימיות יתר שהיא מנת חלקם של זכיינים רבים.⁷³ אף ייתכן שהסתמכות הזכייין על הנטל של חובת הגילוי המוגבר עשויה להביא את הזכייין להקל ראש בבדיקות מקדמיות.

לאור האמור בסקירת פרק זה עולה כי השוק לבדו אינו מצליח לתקן את בעיית פערי המידע בין המזכים לזכיינים. הדבר הזה נובע מהעובדה שנוסף על פערי המידע יש לנו גם פערי ידע ופערי ציפיות בין הצדדים שבעטיים גילוי מלא של המידע עדיין אינו מספק.

⁶⁷ שם, בעמ' 414.

⁶⁸ Lanchimba et al., לעיל ה"ש 3, בעמ' 337.

⁶⁹ שם, בעמ' 338.

⁷⁰ Uri Benoliel & Vivian Zheng, *Are Disclosures Readable? An Empirical Test*, 70 ALA. L. REV. 237, 238 (2018), שם נטען כי כדי שזכייין יוכל להבין מסמכי גילוי, הוא יידרש להשכלה בת 20 שנה ולא 14 שנה כפי שקורה בפועל (זמן הלימוד הממוצע בארצות הברית הוא 12 שנות לימוד ביסודי + תיכון ועוד שנתיים לימודים במכללה).

⁷¹ Robert W. Emerson, *Transparency in Franchising*, 2021 COLUMB. BUS. L. REV. 172, 220 (2021) - (להלן: Emerson & Benoliel); לעיל ה"ש 64.

⁷² Fichter, לעיל ה"ש 22, בעמ' 39-40, שם נאמר כי 33 אחוז מהזכיינים (ארצות הברית) לא הסכימו עם הטענה שמסמך הגילוי היה מדויק וכלל תיאור מלא של ההשקעה הנדרשת בזיכיון.

⁷³ ראו Benoliel & Buchan, לעילה"ש 35, *Revisiting the Rationality Assumption of Disclosure Laws: An Empirical Analysis*, 46 HOFSTRA L. REV. 469 (2017).

ב. הדין בישראל

במהלך השנים היו ניסיונות שונים לאסדרת זכיינות בישראל: בשנת 2005 נכתב מסמך מטעם מרכז המידע והמחקר של הכנסת⁷⁴ שדן בכשלי משא ומתן בזכיינות. המסמך דן גם בקוד האתי של המרכז לקידום זכיינות בישראל,⁷⁵ ששם מטרתו לצרף חברות מובילות לקוד כדי לפעול ליצירת סטנדרט התנהגות אחיד,⁷⁶ אך הדבר לא קרה. תוצאה זו אינה מפתיעה בשל העובדה שככלל הפרות של קוד אתי, כשלעצמן, אינן נסיבה מספקת להצדקת מתן פיצויים שאין להם יסוד בדין, ולכן התמריץ של הזכיינים לדרוש קוד מעין זה פוחת.⁷⁷ בשנת 2018 הוצעה ועידת זכיינות וחוזים של לשכת עורכי הדין הליך קידום חקיקה שיתמקד בחובת הגילוי בשילוב עם הצעה של חיוב מזכים לשאת בעלות ייצוג משפטי של זכין למשא ומתן. כן הוצע לקבוע תנאי סף לרשתות טרם תוכלנה לגייס זכיינים, לרבות זמן פעילות וכמות סניפי דגל.⁷⁸ בוועידות מאוחרות יותר הוצע ליצור "תעודת זהות" למזכים, לקיים שיתוף פעולה עם כונס הנכסים הרשמי כדי לאתר מאפיינים של מזכים מהסוג שפשט רגל⁷⁹ ולקבוע תנאי סף לאנשי מקצוע המבקשים לעסוק בדיני זכיינות.⁸⁰ אף אחת מהיוזמות לא התקדמה להליך חקיקתי.

המצב הנוכחי, שבו אין אסדרה חקיקתית בדיני זכיינות, למעט כללי הפטור הנזכרים למעלה גרם לאי-ודאות משפטית.⁸¹ חובות כלליות כגון רשלנות ותום לב במשא ומתן אינן

⁷⁴ טרואן, לעיל ה"ש 6.

⁷⁵ המרכז לקידום הזכיינות בישראל "קוד אתי לזכיינות" (1.1.2013) <http://tinyurl.com/EthicsCode12>.

⁷⁶ טרואן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 9.

⁷⁷ Emerson, לעיל ה"ש 71, בעמ' 182. בדין הישראלי המצב בעניין חובות אתיות דומה. קביעה כי חובה אתית כלשהי הופכת לחובה חוקית שמצדיקה פיצוי עלולה לגרום לפגיעה אינהרנטית ברעיון האתיקה אשר מפריד אותה מהחוק, ראו עפרה גולן "יחסי הגומלין בין חוק לאתיקה – האתיקה בחוק ובמגבלות החוק" **רפואה ומשפט** גיליון מיוחד 19 (2013); למעשה, ללא מעורבות של גוף בעל חשיבות בקביעת חובה אתית, כפי שקרה בפרופסיות שונות (ראו, למשל, מועצת העיתונאות, ע"א 5653/98 פלוס נ' חלוץ, נה(5) 865 (2001)), האתיקה המוצעת לא תוכל להפוך לכלי אשר בתי המשפט ישתמשו בו כמקור לבחינת התנהגות. לעניין זה לעניין זה ראו דנ"א 7325/95 **ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס**, נב(3) 1 (1998): "כללי אתיקה, מעצם מהותם, אינם כללי משפט. לכן אין הם עניין לבית-משפט. כך לגבי אתיקה חברתית, כך לגבי אתיקה ציבורית, וכך גם לגבי אתיקה מקצועית, לרבות אתיקה עיתונאית. אם, למשל, התנהגות מסוימת של עיתונאי נחשבת בלתי אתית, הרי זה עניין לבית-הדין לאתיקה של מועצת העיתונות, אך אין זה עניין לבית-המשפט"; ת"א (שלום י-ם) 1839/01 **נתניהו נ' רשת שוקן בע"מ** (נבו, 25.07.2002): "[...] נתחשב בכללי האתיקה המקצועית, אף כי נדע ונזכור כי סטייה מהם, כשלעצמה, אינה מחייבת מסקנה בדבר התנהלות בלתי-סבירה"; סיני דויטש "הגנת הצרכן הבנקאי: מכח חוק או מכח קודים אתיים - מה עדיף" **הפרקליט** 241 (2014).

⁷⁸ דוח ועדת זכיינות וחוזים **הפטיש** 6, 118-121 (2018).

⁷⁹ "דו"ח פעילות שנתי - שנת המשפט תשע"ט" **לשכת עורכי הדין בישראל** 100 https://www.israelbar.org.il/magazine/activity_report_2019/101 (31.8.2019).

⁸⁰ "דו"ח פעילות שנתי - שנת המשפט תש"פ" **לשכת עורכי הדין בישראל** 96 (31.8.2020) https://www.israelbar.org.il/magazine/activity_report_2020/96.

⁸¹ לקריאתה של המלומדת, השופטת בדימוס, סורוקר לחקיקת חוק זכיינות בנוגע לסיום הזיכיון, ראו סורוקר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 690. להתייחסות בית המשפט לכך שחוק חוזה סוכנות (סוכן מסחרי וספק), תשע"ב-2012, הוא אסדרה של סיום יחסי זכיינות, ראו ת"א (חי') 46178-03-17 **דורון נ' חיסרוק**, בפס' 20 לפסק דינה של השופטת עדוי-ח'דר (נבו 12.3.2020), ומנגד דעת המלומד בן-אוליאל שהעובדה שאין מצוין בחוק הציורף

מסייעות, כשלעצמן, פרוספקטיבית אלא רק רטרואקטיבית, שהרי מזכה חסר ידע או חסר תום לב עלול לפגוע בזכיון ולפגוע בו כלכלית חרף החובות האמורות.⁸² לדינים כלליים כגון דיני החוזים, החוזים האחידים או דיני הנזקין אין יכולת לטפל בסיטואציה המיוחדת של חובת גילוי בדיני זכיונות הן מכיוון שהם אינם מותאמים ליחסים המורכבים של מזכה-זכיון והן מכיוון שהם אינם פותרים את בעיית חוסר הוודאות המשפטית האמורה.⁸³ כיום אין מידע אובייקטיבי על כמות סכסוכי הזכיונות בישראל.⁸⁴ בדומה לענפים אחרים, סביר כי גם בזכיונות מקרים רבים אינם מגיעים לכדי פסק דין.⁸⁵ מקרים שכן הגיעו לפרסום מראים בדרך כלל שימוש בדיני החוזים בישראל ככלי לפתרון. כך למשל הטעתה המזכה ופרשת עמית זהר נגד רשת החנויות "אניס" גם צוינה טענה של מצג שווא בנוגע לתחזיות רווח מצד המזכה.⁸⁷ עם זאת, כאמור, דיני החוזים אינם כלי מספק להגנת הזכיונים, הן בהיבט היחסים המיוחדים שחלים שם (מזכה-זכיון) והן בבחינת יצירת ודאות משפטית. מרבית הפסיקה בחובת גילוי בדיני זכיונות נפסקה לאחרונה בענייניה של חברת קקאו שנקלעה לסכסוכים עם זכיונה השונים בעניין חובת הגילוי.⁸⁸ בעניין זכיון במשכן האומניות באשדוד מקור הסכסוך היה טמון בעובדה שלקקאו לא היה היתר בנייה מתאים להפעלת בית קפה. הזכיון הראשון, אבישד, חתם על הסכם זכיונות עם קקאו בלי שסופר לו על מצבו התכנוני של הנכס. קקאו הציעה למאי השקעות להתייעץ עם מר אבישד, אשר בחר לא להקים את העסק בשל תקלות שונות, אך לא וידאה קבלת המידע מאת מאי השקעות. כאשר גילתה מאי השקעות כי אין היתר ושעלות הכשרת המבנה יקרה

⁸² "נכס לא מוחשי" מחריגה זיכיונות וקניין רוחני שהם מנת חלקו של עולם הזכיונות, ראו אורי בן-אוליאל "חוק חוזה סוכנות והגנתו החלקית על הסוכנים המסחריים" חוקים ט 51, 67 (2017).

ראו פירוט הנזקים האפשריים לזכיון בפרק ד.2. כן יצוין כי שימוש בטענות של טעות והטעיה לפי חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 אשר אמורות להשיב את המצב במלואו לקדמותו, אינן יכולות לסייע הן בשל העובדה שבדומה לחובות אמורפיות אחרות הן אינן מפורשות את הוודאות המשפטית או מתחשבות בסוג יחסי הצדדים (מזכה-זכיון). במקרים שבהם טענות מסוג זה התקבלו בפסיקת בתי המשפט, סעד ההשבה לא ניתן במלואו. ראו לעניין זה ת"א (שלום אשד) 26172-11-16 קקאו סנטר ניהול בתי קפה בע"מ נ' בלהנס, בפס" 29 (נבו, 21.7.2020) (להלן: "עניין בלהנס"). שם, התביעה שהתקבלה הייתה פחות מהסעד שנפסק (בשל חסר בתשלום אגרה) ולכן לא התקבלה השבה מלאה. בנוסף, ראו ת"א (שלום ת"א) 20512-10-17 חילאילה נ' קקאו סנטר ניהול בתי קפה בע"מ (נבו, 5.4.2020). שם, לא נפסקה השבה מלאה בשל התנהלות הנתבעת, ולפיכך אפשרו קיוויו של 20,000 ₪ ואף לא נפסקו הוצאות משפט.

⁸³ ראו והשוו לעניין זה את ההצדקות לחקיקה צרכנית ביחסי ספק-צרכן אצל סיני דויטש דיני הגנת הצרכן א 148-149 (2001).

⁸⁴ עם זאת מחקר שבחן הפרתה של חובת גילוי בהיבט הבין-לאומי מצא כי ב-90 אחוז מהסכסוכים היו טענות של הטעיה או מידע חסר. ראו Lena Peters, *Franchising: Recent Legislation and the UNIDROIT Model Franchise Disclosure Law*, 5 BUS. L. INT'L 33, 34 (2004).

⁸⁵ קרן וינשל-מרגל, ענבל גלון ויפעת טרבולוס "יצירת מדד משקלות תיקים להערכת העומס השיפוטי בישראל" משפטים מד 773, 769 (2018).

⁸⁶ ע"א (מחוזי – ת"א) 56576-06-20 שרון נ' לסינגר (נבו 9.3.2021). ראו גם את הפסיקה להלן בה"ש 125.

⁸⁷ שוקי שדה "הסתבכו ברשת" הארץ (15.7.2010) <http://tinyurl.com/Haaretz132>.

⁸⁸ הדס מגן "זכיוני רשת בתי הקפה קקאו מספרים: כך קרסנו כלכלית" גלובס (10.3.2018) <http://tinyurl.com/Globes243>.

מדי, ⁸⁹ החלו הליכים משפטיים בינה לבין קקאו. ⁹⁰ בזמן שההסכם עם מאי השקעות היה עדיין בתוקף, חתמה קקאו עם הזכייניות (גב' בלהנס וחברת קפה אריאל ותמר בע"מ – להלן גב' בלהנס) על הסכם חדש בנוגע לאותו מקום. ⁹¹ לאחר שניתן צו סגירה לבית הקפה, ⁹² גילתה גב' בלהנס לראשונה כי הפעלת בית הקפה מבוצעת בניגוד להיתר בנייה. ביום 10.11.2016 נסגר בית הקפה. ⁹³ פסק דין שניתן בעניין מאי השקעות קבע שהייתה הפרה של חובת הגילוי וקבע מסמרות ברורים באשר לחובת הגילוי בדני זכיינות מכוח היותו חוזה יחס:

ראיתי להוסיף כי חובה זו נובעת גם מאופייה של ההתקשרות בין הצדדים, המטילה עליהם חובות מוגברות כחלק ממערכת היחסים המיוחדת בחוזה זכיינות המבוסס על שותפות ארוכת טווח [...] על קקאו מוטל נטל מוגבר לספק בשלב המשא ומתן את כלל המידע המהותי לזכיינית הפוטנציאלית לצורך ההתקשרות. כחלק מכך עליה לוודא כי קיבלה את כל המידע והבינה אותו. לכן, אין קקאו רשאית להסתפק במסירת מידע על ידי צד ג', ויליאם בעניינו, מבלי לוודא מה הוא המידע שנמסר לתובעים, אם בכלל. ⁹⁴

התובעים הגישו ערעור על פסק דין חלקי זה אך הסכימו למחוק את הערעור בהסכמה שאושרה בבית המשפט העליון. ⁹⁵ במועד כתיבת שורות אלה עומד ותלוי הליך ערעור בעליון על פסק הדין כולו. ⁹⁶ בעניין גב' בלהנס נקבע כי הייתה הטעיה, ולפיכך נפסק שעל הנתבעים להשיב את דמי הזיכיון ואת עלות הקמת בית הקפה. ⁹⁷ נאמרו דברים ברורים בנוגע לחובת הגילוי ולפערי המידע בין הצדדים, אך הדגש היה אפוא דווקא על חשיבות תום הלב ההדדי, הנדרש בין הצדדים:

[...] הדברים וודאי מתחדדים לאור התעקשותה של בת אל לציין במסגרת הסכם הזכיינות כי היא נעדרת כל ניסיון בהפעלת בתי קפה [...] תוספת סעיף זה מלמדת על תום לבה של הזכיינית וצריכה הייתה להגביר את חובתה של

⁸⁹ ת"א (מחוזי ת"א) 36882-11-15 מאי ניהול והשקעות בע"מ נ' קקאו סנטר ניהול בתי קפה בע"מ, בפס' 29 (נבו, 20.7.2020) (להלן: "פרשת מאי השקעות").

⁹⁰ שם, בפס' 20-23.

⁹¹ פרשת מאי השקעות, לעיל ה"ש 89; עניין בלהנס, לעיל ה"ש 82, בפס' 28.

⁹² בב"נ (מקומיים אשד) 23908-05-16 ועדה מקומית לתכנון ובניה אשדוד נ' קקאו סנטר ניהול בתי קפה בע"מ (נבו 16.05.2016).

⁹³ עניין בלהנס, לעיל ה"ש 82, בפס' 3.

⁹⁴ פרשת מאי השקעות, לעיל ה"ש 89, בפס' 42. בנוסף, ראות"א (מחוזי ת"א) 36882-11-15 מאי ניהול והשקעות בע"מ נ' קקאו סנטר ניהול בתי קפה בע"מ, בפס' 53 (נבו, 9.11.2022). בו, לא נפסקו הוצאות בשל העדר מצג מלא מטעם המזכה.

⁹⁵ ע"א 7102/20 מאי ניהול והשקעות בע"מ נ' קקאו סנטר ניהול בתי קפה בע"מ (נבו 25.11.2020).

⁹⁶ ע"א 240/23 מאי ניהול והשקעות בע"מ נ' קקאו סנטר ניהול בתי קפה בע"מ (נבו 24.5.2023).

⁹⁷ עניין בלהנס, לעיל ה"ש 89. ראו פסק הדין בערעור עם תוצאה זהה. ע"א (מחוזי ב"ש) 4411-09-20 קקאו סנטר ניהול בתי קפה בע"מ נ' קפה אריאל ותמר בע"מ (2020).

קקאו כלפיה בכל הנוגע למסירת המידע והאינפורמציה הנדרשת לצורך הפעלת בית הקפה, דבר שכאמור לא קרה.⁹⁸

באוקטובר 2020 ניתן פסק דין בעניין זיכיון בטיילת בבת ביס. לפי הוכחת קקאו שיכלה לקיים את ההסכם, הגם שעבר זמן רב מאז כריתתו, קבע בית המשפט כי הסעיף שקובע שאין להשיב את דמי הזיכיון בשום מקרה – מצדיק את אי-השבתם, אך השיב את דמי הליווי ששולמו לקקאו, כיוון שלא ניתן ליווי.⁹⁹ יצוין כי בית המשפט הכיר בחובה מוגברת של המזכה מול הזכייין והסכים לתנאים שנקבעו בפסיקת המחוזי בעניין מאי השקעות,¹⁰⁰ בהתחשב הן בכך שמדובר בחוזה יחס והן בפערי הכוחות בין הצדדים:¹⁰¹

29. יש להטיל חובה מוגברת על בעלי הזיכיון אל מול הזכיינים שלא להונות אותם ואף להחיל עליהם חובות גילוי מוגברות אל מול הזכיינים...

31. יודגש, כי החובה האמורה היא לא רק להעביר את המידע האמור, אלא גם מוטל נטל מוגבר על בעל הזיכיון לוודא שהזכייין הבין את המידע שנמסר לו. [...]

נמצא כי הדין הישראלי תואם את הגישה המכירה בחובה גילוי מוגברת במשא ומתן לזכיינות שמתבטאת בפעולות המזכה, שהן פרישת מידע מהותי ווידוא הבנתו על ידי הזכייין. עם זאת הפסיקה השאירה את אי-הוודאות המשפטית בנוגע לחובת הגילוי (כלומר אילו פרטים ייחשבו מידע מהותי שעל מזכה לגלות לזכייין פוטנציאלי, ואילו פעולות ייחשבו למילוי חובת הבנת המידע אצל הזכייין) ואף איננה מגבשת תשתית תאורטית ורעיונית רחבה מספיק להצדיק את חובת הגילוי הרחבה. בפרקים הבאים של מאמר זה נבחן אם יש הצדקות להטלת חובת גילוי כה רחבה בישראל ובהמשך ננסה לצקת תוכן למונחים של מידע מהותי וקיום החובה של הבנת המידע אצל הזכייין באמצעות שימוש במשפט המשווה.

ג. הצדקות לחובת גילוי מוגברת בדיני זכיינות

כפי שראינו לעיל, אין לשוק יכולת אמיתית להתגבר על פערי המידע. דיני החוזים בישראל מחייבים חובת גילוי במהלך משא ומתן.¹⁰² כידוע, קיום חובת הגילוי יכולה לסייע לנפגעים מהפרתה הן בהיבט ההתקשרות החוזית (ביטול החוזה בשל אי-גילוי שעולה כדי טעות או הטעיה)¹⁰³ והן בהיבט הכלכלי (פיצוי כספי בשל אי-גילוי שהתקיים),¹⁰⁴ נוסף על אפשרות הזכייין לקבל החלטה מיודעת ומושכלת יותר לאור המידע.

⁹⁸ עניין בלהנס, לעיל ה"ש 82, בפס' 36.

⁹⁹ ת"א (ת"א) 59806-06-18 אימה נ' קקאו סנטר ניהול בתי קפה בע"מ, בפס' 2 (נבו, 13.10.2020). (להלן: "פרשת אימה"). גילוי נאות: כותב מאמר זה היה העוזר המשפטי של כבוד השופט נמרוד אשכול בעת מתן פסק הדין.

¹⁰⁰ פרשת מאי השקעות, לעיל ה"ש 89.

¹⁰¹ שם, פס' 27–31.

¹⁰² ס' 12(ב), 15 לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג–1973; גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 1, 116–117 (מהדורה רביעית 2019).

¹⁰³ ס' 14, 15 לחוק החוזים.

¹⁰⁴ ע"א 3051/08 סאסי קבלני בנין, עפר וכבישים (1986) בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד הבינוי והשיכון (נבו 19.01.2010).

היקף חובת הגילוי משתנה ממקרה למקרה, ולמעשה ניתן לטעון כי אין כל צורך במאמר זה בשל התמודדות בתי המשפט במקרים שנקלעו לפניו בכל הקשור להפרת חובת הגילוי בדיני זכיינות.¹⁰⁵ חובת הגילוי מכוח דיני החוזים הכלליים מתגברת כשמדובר במידע מהותי.¹⁰⁶ גם במקרים שמדובר במידע גלוי יכולה להתקיים חובת גילוי כאשר יש פערי מידע מהותיים או פערי כוחות בין הצדדים.¹⁰⁷ לפי האמור, במקרים שונים מצא המחוקק לנכון לקבוע חובת גילוי: כך למשל ביחסים בין עוסק לצרכן,¹⁰⁸ בין מוכר לקונה,¹⁰⁹ בין משכיר לשוכר,¹¹⁰ בין מעסיק לעובד¹¹¹ וכך.¹¹²

לא ברור אם יש צורך בחובת גילוי ספציפית ובחקיקה נוספת על דיני הזכיינות, שהרי הדין הישראלי מכיר בחובות גילוי במהלך משא ומתן בכל חוזה.¹¹³ יתרה מזאת, בחלק מהמקרים שהגיעו לפתחי בית המשפט נמצא פתרון גם ללא פיתוח ספציפי של חובת גילוי נוספת מכוח דיני הזכיינות.¹¹⁴ בפרק זה נטען שנוסף על חובת הגילוי הכללית יש הצדקה לחובת גילוי מוגברת בדיני הזכיינות,¹¹⁵ ולכן פסיקת בתי המשפט בישראל, המכריעה בכל מקרה לפי נסיבותיו תוך כדי מתן משקל לתכונותיו הייחודיות של חוזה זכיינות, עולה בקנה אחד עם ההצדקות לחובת גילוי מוגברת הן מבחינת תכונותיו של הסכם הזכיינות והן מבחינת התועלות שיש לשוק.

1. תכונות חוזה הזכיינות

הפרשנות המקובלת בפסיקה לחוזה זכיינות היא תפיסתם כחוזה יחס שמצדיקה יחסי אמון.¹¹⁶ תפיסה של חוזה זכיינות כחוזה יחס מצדיקה חובת גילוי מוגברת,¹¹⁷ קל וחומר כאשר קיימים פערי כוחות ומידע אשר נוטים, ככלל, לטובת המזכה.¹¹⁸ נוסף על זה, בחוזה יחס

¹⁰⁵ ע"א 2469/06 סויסה נ' חברת זאגא בגוש 5027 חלקה 1 בע"מ (נבו, 14.8.2008).

¹⁰⁶ ע"א 7730/09 כהן נ' מבני גזית, בפס' 9-12 לפסק הדין של השופט פוגלמן (נבו, 6.6.2011).

¹⁰⁷ דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 693 (מהדורה שנייה 2018).

¹⁰⁸ ס' 4(א) (1) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; תקנות הגנת הצרכן (גילוי פרט מהותי לגבי יהלומים, אבני חן, פנינים ומוצרי זהב), התשנ"ה-1995.

¹⁰⁹ ס' 16 לחוק המכר, נתשכ"ח-1968; חוק המכר (דירות), התשל"ג-1973.

¹¹⁰ ס' 8 לחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971.

¹¹¹ חוק הודעה לעובד ולמועמד לעבודה (תנאי עבודה והליכי מיון וקבלה לעבודה), התשס"ב-2002.

¹¹² שלו וצמח, לעיל ה"ש 102, בעמ' 116-117.

¹¹³ ס' 8 לחוק השכירות והשאלה.

¹¹⁴ לעניין זה, ראו פרשת מאי השקעות, לעיל ה"ש 89, שם נכתב כי החובה לגילוי של היתר להפעלת בית הקפה היא מידע מהותי.

¹¹⁵ מצב דומה קיים גם בדין הגרמני, שמכיר בכך שזכיין אינו יזם רגיל, ולכן זכאי להגנה רחבה מזו של יזם. ראו Waldzus, לעיל ה"ש 33, בעמ' 4.

¹¹⁶ ע"א 4232/13 אנגלו סכסון סוכנות לנכסים בע"מ נ' בלום (נבו, 29.01.2015); דניאל פרידמן, ארון שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 622 (מהדורה השלישית 2015).

¹¹⁷ פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 107, בעמ' 640.

¹¹⁸ ע"ע 1341/01 רפפורט נ' מבטחים, מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ, לח 630, 631 (2003), ראו דבריה של כבוד סגנית הנשיאה אלישבע ברק שם על הקשר בין חובת גילוי מוגברת ליחסי אמון.

אחרים בישראל, כדוגמת חוזי עבודה,¹¹⁹ הדין הישראלי מכיר בחובת גילוי מוגברת בנסיבות דומות לחוזי זכיינות: חוזי יחס שבהם יש פערי מידע.

גישה אחרת, המסתכלת על חוזה הזכיינות כחוזה השקעה של הזכייין,¹²⁰ מסיבה את תשומת ליבנו לכך שבמקרים רבים של השקעות יש חובת גילוי מוגברת על הצד המקבל את הכספים (היום-המזכה) בנוגע לנכס.¹²¹ חובה מכוח גישה זו אף יכולה להכיל בתוכה את חובת היזם לוודא כי המשקיע הבין את המיזם העתידי. בפסיקה נקבע כי על קבלן (יזם) להסביר לרוכש דירה "על הנייר" ולוודא שהבין את צורת הדירה העתידית.¹²² בדומה לדירה "על הנייר", הרבה פעמים הזיכיון העתידי אינו בנוי בפועל, והוא נמצא רק בתכנון של החברה המזכה אשר גם לה אין ההבנה המלאה כיצד ייראה הסניף בעתיד.¹²³ נוסף על זה, הפרקטיקה של זכיינים שלא לשכור שירותי עורך דין לצורך רכישת זיכיון,¹²⁴ לעומת הפרקטיקה לשכור שירותי עורך דין בעסקאות נדל"ן, מחזקת את הגישה שיש לוודא את הבנתו של הזכייין הפוטנציאלי בהסכם ואת סיכוניו, מכוח מעמדו כמשקיע.

את המצב האמור ניתן לראות במקרים שונים בפסיקה הישראלית.¹²⁵ אפשרות נוספת היא לתפוס את חוזי הזכיינות כחוזי צרכנות.¹²⁶ ההצדקות לגישה זו נובעות מיכולתם של המזכים, בדומה לסוחרים רגילים, למכור את הסחורה שלהם (הזיכיונות) לזכיינים. דמיון זה מביא למעשה לידי תפיסה שזיכיון, במובנים מסוימים, יכול

¹¹⁹ ס' 2 לחוק הודעה לעובד ולמועמד לעבודה (תנאי עבודה והליכי מיון וקבלה לעבודה).

¹²⁰ Emerson & Meiselles, לעיל ה"ש 31, בעמ' 764–765.

¹²¹ ראו לדוגמה חוק ניירות ערך, התשכ"ח–1968, ס' 14 לחוק הסדרת העיסוק ביעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה–1995.

¹²² ע"א 2274/21 מור נ' אלעד ישראל מגורים בע"מ, פס' 84 (נבו, 1.1.2023).

¹²³ Emerson, לעיל ה"ש 71, בעמ' 178.

¹²⁴ Emerson, לעיל ה"ש 71, בעמ' 232.

¹²⁵ בפסק דין שדן בזיכיון בטיילת בבת ים – פרשת אימה ראו לעיל ה"ש 99 – צוין כי המבנה לבית הקפה המיועד היה בהליכי בנייה בעת כריתת הסכם הזכיינות; בעניין קניון ארנה נהריה – ת"א (שלום ת"א) 57935-10-17 אבו עסלה נ' קקאו סנטר ניהול בתי קפה בע"מ (נבו, 3.4.2020). צוין שבהסכם לא צוין מועד הכניסה של הזכייין (מועד קבלת הנכס שבו היה עתיד לפעול הסניף). דמי הזיכיון שולמו, אך העסק לא הופעל במשך זמן רב. בית משפט השלום קבע כי הזמן הסביר לקיום החוזה והעברת הנכס לזכייין, היא לפי נסיבות המקרה (סע' 42–43 לפסק הדין) הוא שנה, ואי-הפעלת הנכס בזמן זה מצדיקה ביטול והשבה, לרבות דמי הזיכיון. בית המשפט המחוזי – ע"א (מחוזי ת"א) 28723-04-20 קקאו סנטר ניהול בתי קפה בע"מ נ' אבו עסלה (נבו 29.07.2020) – ביטל את פסק הדין; בקשת רשות ערעור שהוגשה לבית המשפט העליון נדחתה, רע"א 5685/20 אבו עסלה נ' קקאו סנטר ניהול בתי קפה בע"מ (נבו, 9.11.2020) אשר לזיכיון בשפרעם – ת"א (שלום ת"א) 20512-10-17 חילאילה נ' קקאו סנטר ניהול בתי קפה בע"מ (נבו, 5.4.2020) נקבע שלא היה ברור מתי בית הקפה ייפתח. בניכוי טענה שלא יכלה לדעת על מועד הפתיחה. בית המשפט קבע כי חלה טעות והורה על השבת דמי הזיכיון, בניכוי סכומים (דמי תיווך והוצאות שנשאה הנתבעת); כן ראו מקרה נוסף מהעיר חולון – ת"א (שלום ת"א) 23948-10-17 אברמוב נ' קקאו סנטר ניהול בתי קפה בע"מ (נבו, 28.11.2022), בפס' 6 לפסק הדין (להלן: פרשת אברמוב) – שם צוין כי התביעה נסבה על מבנה שהיה מצוי בתהליכי בנייה, דבר המלמד על אי-הוודאות השוררת באשר לאופן שבו הזיכיון יתמש בפועל.

¹²⁶ לעניין זה, השוו לדין הדרום-אפריקאי: Robert W. Emerson, *South African Franchisees as Consumers: The South African Example*, 37 *FORDHAM INT'L L.J.* 455, 463 (2014); Andrew Elmore, *Franchise Regulation for the Fissured Economy*, 86 *GEO.*; (2014) *WASH. L. REV.* 907, 950 (2018).

להיות מפורש כמוצר צרכני.¹²⁷ יישום גישה דומה בישראל תיתקל בקושי מסוים בשל ההגדרה הצרה יחסית של "צרכן" לפי חוק הגנת הצרכן.¹²⁸ עם זאת ניתן לתת פרשנות רחבה להגדרה הצרכנית, מכיוון שהזכיינים הם המשתמשים האחרונים בזיכיון שהמזכה מוכר, ועל כן יכולים להיכנס לפרשנות המרחיבה של המונח "צרכן".¹²⁹

פרשנות זו עולה בקנה אחד עם מגמת בית המשפט העליון, אשר הרחיבה את המונח "צרכן" בהקשר של תובענות ייצוגיות ועסקים קטנים¹³⁰ אף שהחוק לתובענות ייצוגיות ייחודי לחוק הגנת הצרכן, דהיינו רק לצרכן פרטי.¹³¹ הנסיבות אשר הצדיקו את הרחבת תחולתו של חוק הגנת הצרכן בדיני תובענות ייצוגיות (פערי מידע וכוחות)¹³² רלוונטיות גם ליחסי מזכה-זכיין שמאופניים ביחסים דומים. אשר על כן, קבלת הפרשנות המרחיבה של הזכיין כצרכן אל מול המזכה כעוסק, בצירוף חשיבות ההגנה על הצרכן, מצדיקה אפוא את קיום חובת הגילוי לזכיין.¹³³

נוסף על זה, יש גישה התופסת את הזכיין כעובד של המזכה, ואשר מציינת כי ההבדל המרכזי ביניהם (בין זכיין לעובד) הוא מידת ההשקעה הנדרשת ופוטנציאל הרווח של הזכיין.¹³⁴ הרלוונטיות של גישה זו היא התפיסה כי חובת הגילוי היא אמצעי שנועד להגן על העובד ראויה לחול גם כחובת גילוי בין מזכה לזכיין. לפיכך קבע המחוקק הישראלי חובת גילוי של המעסיק כלפי העובד.¹³⁵

בדומה למעסיקים שבוחרים עובד ספציפי, גם למזכים יש היכולת לבחור בזכיין הספציפי, דבר אשר מחזק את מעמדו של המזכה שיכול לבחור זכיין פוטנציאלי מתוך הזכיינים השונים שפונים אליו בדרישה לזיכיון, בין שמדובר בזכיין פוטנציאלי פיקח ובין שמדובר בזכיין פוטנציאלי נאיבי.¹³⁶

¹²⁷ Elmore, לעיל ה"ש 126, בעמ' 949-950, Fichter, לעיל ה"ש 22.

¹²⁸ ס' 1 לחוק הגנת הצרכן.

¹²⁹ דויטש, לעיל ה"ש 83, בעמ' 180-176; לעניין פירוש מרחיב של ההגדרה של "צרכן" ראו גם סעיף 1 לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957.

¹³⁰ רע"א 7470/20 **Facebook Ireland Limited נ' רוהם גל**, בפס' 13 (נבו, 03.01.2022) (להלן: עניין פייסבוק); רע"א 1901/20 **טרוים מילר בע"מ נ' facebook Ireland limited**, בפס' 16-27 לפסק דינה של השופטת וילנר (נבו, 26.07.2022) (להלן: "פרשת מילר").

¹³¹ פרט 1 לתוספת השנייה של חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006: "1. תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו".

¹³² ראו עניין פייסבוק ופרשת מילר, לעיל ה"ש 130; דויטש, לעיל ה"ש 129, בעמ' 186.

¹³³ דויטש, לעיל ה"ש 83, בעמ' 185-184.

¹³⁴ Elmore, לעיל ה"ש 126, בעמ' 924; Emerson, לעיל ה"ש 71, בעמ' 178; Mathewson & Winter, לעיל ה"ש 29, בעמ' 503; Rubin, לעיל ה"ש 16, בעמ' 226-227, 230; אסף מסדה "הסכמי זכיינות והשפעתם על זכויות עובדים" **אוטוריטה** 11 (2020).

¹³⁵ חוק הודעה לעובד ולמועמד לעבודה (תנאי עבודה והליכי מיון וקבלה לעבודה), שם, השופטת רוביניץ-ברכש קובעת חובת פירוט של תנאי עבודה בחודש הראשון של ההעסקה, ואף חובת גילוי נוספות בשלב המיונים לעבודה; ראו גם סע"ש (אזורי ת"א) 17-11-35351-11 **גלפריץ – מדינת ישראל** (נבו, 15.05.2021), הקובע חובת גילוי ביחסי עבודה כשמדובר ביחס לקריטיות של המידע. בשולי הדברים יצוין כי חובת הגילוי בדיני העבודה היא הדדית וחלה גם על העובד, וזה לפי בדיקות שהמעסיק מבצע מולו. להרחבה, ראו ע"ע (ארצי) 16136-05 **מ. דינגוף ושות' (נציגות קלובים) בע"מ – מושקוביץ סקורצקי** (נבו, 18.01.2018).

¹³⁶ Elmore, לעיל ה"ש 126, בעמ' 919.

לאור האמור לעיל, מובן כי בחוזי זכיינות יש דמיון לחוזים אחרים אשר קיימת בהם חובת גילוי מוגברת כמו חוזי יחס, חוזי השקעה, חוזי צרכנות וחוזי עבודה,¹³⁷ ובמקרים מסוימים – אף חובת וידוא הבנת המידע.¹³⁸ התכונה האופיינית לחוזה הזכיינות העולה מההשוואות לסוגי החוזים האמורים מצדיקה אפוא את חובת הגילוי הנרחבת הנטענת. בשולי הדברים ייטען אף כי לפי החזקה המחוקק שואף להרמוניה חקיקתית שקובעת כי פרשנות תיעשה לפי מארג החקיקה תוך כדי תשומת לב להסדרים משפטיים שיש להם קרבה לנושא – יש לקיים חובת גילוי מוגברת בדיני הזכיינות.¹³⁹

לפיכך הטענה כי בעיית פערי המידע קיימת כמעט בכל חוזה, וחווה הזכיינות אינו שונה בעניין זה,¹⁴⁰ מתעלמת מאופיו של חוזה הזכיינות שאינו חוזה מסחרי טהור אלא חוזה המכיל בתוכו מאפיינים של חוזים מיוחדים שבהם יש חובת גילוי מוגברת.¹⁴¹

2. תועלות לשחקנים ולשוק

נימוקים נוספים להצדקתה של חובת גילוי רחבה על המזכה נוגעים לתועלת המדינה ולשחקנים בשוק.

כך למשל הבטחת כספי זכיינים שהשקיעו את ממונם הרב בהקמת עסק הזיכיון, שיוכלו לחשב צעדיהם טוב יותר מול מזכה שעלול לפשוט רגל או לגנוב את כספם, באמצעות חובת גילוי מוגברת שתוכל לסייע להם להבין את הכדאיות שבזיכיון ואת הסיכון שבו. בהקשר לזה תתואר פרשת הרשת לממכר שווארמה "בנדורה",¹⁴² שם הזכיינים היו אמורים לשלם כ- 75,000 ₪ דמי זיכיון, כאשר נשמרה להם הזכות לבטל את עסק הזיכיון ולקבל את דמי הזיכיון בחזרה. בפועל כאשר זכיינים דרשו לקבלם בחזרה, דמי הזיכיון לא הושבו.¹⁴³ הטענה שאין ליתן לזכיינים הגנה מוגברת בבחינת כל כישלון של זכייין הוא פעולה טבעית של השוק "לפלוט" זכיינים לא מוצלחים, וכי אדם המבקש להיות זכייין צריך להיות מודע למצבו, אינה מתיישבת עם המציאות בהתחשב בעובדה שחלק ניכר מסכסוכי הזכיינות

¹³⁷ בהקשר זה יצוין כי הגישה הגרמנית מתייחסת אל הזכיינים כאל מעין צרכנים, מעין עובדים ומעין ספקים. ראו Mark Abell, *In which EU Jurisdictions is Franchising Most Heavily Regulated and How Effective/Appropriate is that Regulation?*, 10 INT'L J. FRANCHISING L. 19, 25 (2012).

¹³⁸ עניין מור, לעיל ה"ש 122. כן ראו את ההתייחסות למחקרים שמסגנותיהם דומות למסקנות של המחקרים שהובאו בפרק ב.4 למאמר זה, שגם מכוחם הוצדקה החובה לוודא הבנת המידע. ראו רות פלאטו-שנער דיני בנקאות – חובת האמון הבנקאית 241 (2010).

¹³⁹ ראו דנ"א 5783/14 צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ, בפס' 64 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (נבו, 12.09.2017); בג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" (אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי) נ' ראש הממשלה, בפס' 6 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (נבו, 30.11.2006).

¹⁴⁰ Emerson, לעיל ה"ש 71, בעמ' 228.

¹⁴¹ כפי שנראה בהמשך המאמר, חלק מרכזי מחובת הגילוי המוגברת הוא לא רק חשיפת המידע על ידי המזכה, אלא גם וידוא הבנת המידע על ידי הזכייין, כפי שניתן לראות ממחקרים שונים ואף מתחיקה הקיימת במשפט המשווה. ראה פרק ה.1 בנוגע למחקרים ופרק ה.3 בנוגע לחקיקה.

¹⁴² שוקי שדה "הסיפור על שניצל, המבורגר, שאורמה - וחובות של מיליוני שקלים" *The Marker* (31.12.2016), <http://tinyurl.com/Marker574>.

¹⁴³ שם; פר"ק (מחוזי ת"א) 68923-03-16 עטיה נ' בנדורה ישראל (2015) בע"מ, בפס' 24 (נבו, 14.06.2016) (להלן: פרשת בנדורה).

שהגיעו לכותלי בתי המשפט, המפורטים במאמר זה, לא נבעו מכישלון מסחרי של הזכייין אלא דווקא מהתשלול של המזכה,¹⁴⁴ ועל כן לא ניתן לקבל טענה זו באופן גורף. לכאורה, האפשרות לפתור את הבעיה של פערי המידע באמצעות חובת גילוי מתבקשת, ואף יכולה לסייע בהפשטת המידע המועבר לזכיינות ובמניעת הונאות.¹⁴⁵ עם זאת עלינו לשים לב כי הדבר עלול ליצור עלויות חדשות (ייעוץ משפטי, העברת מידע לזכיינים ולאנשי מקצוע נוספים) שכנראה יגולגלו בחלקן על הצרכנים, ולמעשה ייווצר מצב שבו הצרכנים של המזכים ושל הזכיינים ישלמו בכסף כדי לשמור על ההשקעות של הזכיינים. מנגד, אם זכיינים רבים ייכשלו, יהיה הכישלון גורם הרתעה מפני זכיינים, כעסקים קטנים אשר מפתחים את הכלכלה. האיזון לדעתי יכול להישמר באמצעות הגדרת היקף חובת הגילוי. במהלך הקמת עסק הזכיינות והרצתו נוצרים חוזים המכילים חובת גילוי גבוהה, נוסף על החוזה בין המזכה לזכייין, כגון חוזה עבודה עם העובדים; חוזים עם ספקים; חוזים עם בנקים למימון; חוזה צרכנות עם הצרכנים השונים שיבואו לחנות. חובת גילוי רחבה של המזכה עשויה למנוע נזקים של צדדים שלישיים (מזכה-זכייין-צד ג). למשל, אם המזכה הטעה את הזכייין בדבר רווחיות הסניף וגרם לזכייין להפר חוזה עבודה או חוזה הלוואה/מימון או חוזים עם ספקים, יש בכך פגיעה נרחבת שאינה ממוקדת אך בזכייין עצמו. לכן גם מטעם זה ראוי לחייב זכייין בגילוי נרחב ולאפשר לו לפעול כדין.¹⁴⁶ משכך, מובן כי המצוקה בקריסת הזיכיון אינה רק של הזכייין אלא גם של האנשים הסמוכים על שולחנו, שאף הם עלולים להיפגע מהתנהלות המזכה במקרה שייסגר הזיכיון ויזדקקו אפוא להליכים משפטיים מול הזכייין, שלא יוכל לכבד את זכויותיהם - בשל הליך פשיטת רגל או פירוק חברה.¹⁴⁷

ד. משפט משווה

עם התרחבות מודל הזכיינות בשנות החמישים של המאה הקודמת (בעקבות כניסת הטלוויזיה וקלות הניידות של אנשים)¹⁴⁸ התרבו הונאות זכיינים שגרמו לדרישה לאסדרה בשנות השישים.¹⁴⁹ בתגובה לכך נחקקה חובת גילוי במדינת קליפורניה בתחילת שנות השבעים באותה תקופה,¹⁵⁰ ואסדרה פדרלית בהמשך.¹⁵¹ מסוף שנות השמונים קיימת מגמה בעולם שלפיה הולכות ומתרבות המדינות המחוקקות חוקים בנושא הזכיינות.¹⁵²

¹⁴⁴ ראו פירוט המקרים שבפרק הדין הישראלי ופסקי הדין לעיל בה"ש 125.

¹⁴⁵ Michael, לעיל ה"ש 13, בעמ' 415.

¹⁴⁶ Elmore, לעיל ה"ש 126, בעמ' 950. שם, מובאות דוגמאות מהדין האמריקאי ובהן היעדר חובת גילוי מלאה של המזכה גרם להפרות של דיני עבודה של הזכייין כלפי העובדים בשל אי-ידיעה מדויקת של עלויות הפעלת הזיכיון.

¹⁴⁷ לסקירה רחבה של הנושא ולניצול מזכים את מעמדם כדי לגרום לזכיינים להפר זכויות עובדים ראו Elmore, לעיל ה"ש 126.

¹⁴⁸ Mathewson & Winter, לעיל ה"ש 29, בעמ' 504.

¹⁴⁹ Rupert M. Barkoff, *Franchise Sales Regulating Reform: Taking the Noose off the Golden Goose*, 3 ENTREPRENEURIAL BUS. L.J. 233, 238 (2008).

¹⁵⁰ RUPERT M. BARKOFF ET AL., FUNDAMENTALS OF FRANCHISING 93 (4TH ED. 2015).

¹⁵¹ Honey V. Gandhi, *Franchising in the United States*, 20 L. & BUS. REV. AM. 3, 6 (2014).

¹⁵² Peters, לעיל ה"ש 84, בעמ' 35; BARKOFF ET AL., לעיל ה"ש 150, בעמ' 300.

את המצב המשפטי במדינות שנסקרו אפשר לחלק לשני סוגים: מדינות שקיימו דין ספציפי (בין תקנות ובין חקיקה) לזכיינות ומדינות שהחליטו להשתמש בכלים של המשפט המסחרי וליישם במקרים של דיני זכיינות, לרבות שימוש בקודים אתיים. את המדינות שבהן יש דין ספציפי אפשר לחלק לשלושה סוגי חקיקה: חובת גילוי טרם חתימה על הסכם זכיינות, קביעה של יחסים מיוחדים בין המזכה לזכייין ושילוב של השתיים.¹⁵³

מפאת קוצר היריעה נבחרו שלוש מדינות לסקירה כדי לבחון מהם הפתרונות שנוצרו בעולם המערבי באשר לחובת הגילוי בדיני הזכיינות:¹⁵⁴ ארצות הברית נסקרה בשל העובדה שהאסדרה שם קיימת זה עשרות שנים ומאפשרת סקירה של יישום הדין בפועל;¹⁵⁵ אוסטרליה נבחרה בשל היות בה דין מפותח ביותר אשר נמצא תואם את מסקנות המחקרים שמבקרים את המצב התחיקתי בארצות הברית, ובריטניה נבחרה בשל פתרון האסדרה באמצעות קודים אתיים.¹⁵⁶ מטרת הדיון היא לבחון פתרונות שונים וכן אם וכיצד ניתן ליישם בדין הישראלי

1. ארצות הברית

לרשות ה-Federal Trade Commission (להלן: "FTC") שבארצות הברית ניתנה סמכות לבצע אסדרה בכל הקשור לזכיינות.¹⁵⁷ על חובת גילוי כללית¹⁵⁸ הוסיפה הרשות 23 הבהרות שונות (היסטוריית ליטיגציה, זיכיונות (כולל כישלונות) עבר והווה, ביצועים כלכליים וכו') שיינתנו במסמך גילוי (Franchise Disclosure Document) פשוט ותמציתי.¹⁵⁹ שעל המזכה להעניק לזכייין 14 יום¹⁶⁰ לפני חתימה על עסקת הזכיינות.¹⁶¹ קיימים מקרים שבהם יש פטור ממסמך גילוי לפי ה-FTC: כך, כאשר פערי הידע והניסיון מצטמצמים, אם מדובר במשקיע מתוחכם או באדם בעל ניסיון בתחום או במקרים שבהם השווי של הזכייין הוא גדול (כשישה מיליון דולר) ושהוא עוסק בתחום הזכיינות

¹⁵³ Brian Forgas, Robert A. Lauer, & Brenda B. Trickey, *Should International Disclosure Documents Be the Norm or Best Practice for International Franchise Transactions*, 15 INT'L J. FRANCHISING L. 19, 23 (2017); Paula Mena Barreto et al., *Good Faith in Franchising*, 13 INT'L J. FRANCHISING L. 17 (2015)

¹⁵⁴ להצדקה לשימוש בדין הזר בשל החלל שיש במשפט הישראלי, ראו ע"א 1248/15 Fisher Price Inc נ' דוורון - יבוא ויצוא בע"מ, בפס"מ, 48 (נבו, 31.08.2017).

¹⁵⁵ יצוין כי במחקר שנערך נסקרו שתי מדינות שמתאימות מהמשפט הקונטיננטלי – צרפת וגרמניה. המצב בצרפת דומה לזה שבארצות הברית בנוגע לחובת הגילוי. ראו Robert W. Emerson, *Franchise Contracts and Territoriality: A French Comparison*, 3 ENTREPRENEURIAL BUS. L.J. 317, 333 (2009) היות שהאסדרה בארצות הברית קיימת זה עשרות שנים, מה שמאפשר סקירה של יישום הדין בפועל, נבחרה ארצות הברית כדין המשוה לעניין זה. אשר לגרמניה – יש התייחסות חלקית במאמר זה והפניה למאמרו של Waldzus, ראו לעיל ה"ש 33. עם זאת הסקירה של הדין שם אינה יכולה לתרום הרבה לפתרונות בישראל, שהרי הדין שם דומה (היעדר חקיקה והיעדר קוד אתי מקובל) לכשלים שיש בדין שלנו ואף מזכיר אותם. יובהר כי מדינות שאין בהן אסדרה מלאה (באמצעות חקיקה או קוד אתי) לא נבחרו בשל ההנחה כי אסדרה מפורטת ברמה כה מדוקדקת לא ראוי שתפותח באמצעות הפסיקה.

¹⁵⁷ 16 C.F.R. § 436.1–436.11. לפירוט, ראו Emerson, לעיל ה"ש 71, בעמ' 184.

¹⁵⁸ BARKOFF ET AL., לעיל ה"ש 150, בעמ' 229 – 230; Emerson, לעיל ה"ש 71, בעמ' 183.

¹⁵⁹ 16 C.F.R. § 436.6(b) (2007).

¹⁶⁰ See id. § 436.2(a).

¹⁶¹ Id. § 436.5; לפירוט, ראו BARKOFF ET AL., לעיל ה"ש 150, בעמ' 101 – 120.

לפחות חמש שנים; התחשבות ביכולת הכלכלית כמאזנת את פערי המידע, בבחינת היכולת לבחון את העסקה כאשר סכום ההשקעה גדול במיוחד (יותר ממיליון דולר) (כפוף לחתימה של הזכייין על הבנתו שאין מסמך גילוי), או כאשר ההשקעה קטנה במיוחד (מאות דולרים) ואינה מצדיקה הטלת עלותו של גילוי על המזכה.¹⁶²

ה-FTC אוכפת הפרות של דיני הזכיינות, אך אין חוק פדרלי שמאפשר תביעה פרטית (של הזכייין) בגין הפרתה של חובת הגילוי, דבר אשר פוגע בזכיינים. בתגובה לזה, בחלק מהמדינות בארצות הברית חוקקו חוקים שמאפשרים זאת, ואף מאפשרים תביעות אישיות נגד אורגנים בחברות המזכות.¹⁶³

עם כל האסדרה האמורה עדיין יש הונאות זכיינים בארצות הברית.¹⁶⁴ מחקרים שנעשו מצאו כי העובדה שמידע נפרס לפני הזכייין הפוטנציאלי אינה אומרת שהוא מבין את המידע הזה או שהוא קרא אותו,¹⁶⁵ משום שמדובר במידע מורכב שמצריך השכלה רחבה.¹⁶⁶ התפתחות עידן המידע (בדגש על המרשתת) לא סייעה.¹⁶⁷ יש הצעות שונות לשיפור: כך למשל יש גישה שגורסת שהפתרון הוא וידוא הבנת הזכייין את המידע באמצעות עורך דין המתמחה בדיני זכיינות.¹⁶⁸ גישה אחרת תומכת באחידות המידע של מסמכי הגילוי שתסייע לזכיינים להשוות בין מזכים אפשריים, ובכך לא רק תקדם פשטות של המידע אלא גם תגביר את התחרות על הזכיינים.¹⁶⁹

עולה כי הדין האמריקאי הוא בסיס טוב לבחינת תחיקה אך הוא אינו מקור מלא מספיק בשל החללים השונים בחוק אשר אינם משיגים את מטרות חובת הגילוי בהתאם לחסרונות שבניתוח האמור ובמחקרים שצינו.

2. אוסטרליה

יש רשות פדרלית (Australian Competition and Consumer Commission) (ACCC) שאמונה על אכיפת החוק שהסדיר זכיינות (Competition and Consumer (Industry Codes—Franchising) Regulation 2014), שקובע חובות גילוי למזכים

¹⁶² BARKOFF ET AL., 16 C.F.R. § 436.8 (2007), לעיל ה"ש 150, בעמ' 96–97, Gandhi; לעיל ה"ש 151, בעמ' 12.

¹⁶³ BARKOFF ET AL., לעיל ה"ש 150, בעמ' 137–139.

¹⁶⁴ Fichter ראה לעיל ה"ש 22 בעמ' 40–41; פרשת **בנדורה**, לעיל ה"ש 143 (בעניין אורן לוני, שלאחרונה הוגשה נגדו תביעה על ידי ה-FTC בשל הונאת 1,500 זכיינים (יוצאי צבא) בארצות הברית); ניצן שפיר, "ה-FTC נגד רשת בורגרים האמריקאית והיום אורן לוי: הטעו זכיינים בהבטחות שווא", **גלובס** (10.2.2022) Federal Trade Commission, *FTC Sues Burger Franchise Company That Targets Veterans and Others with False Promises and Misleading Documents* (Feb. 8, 2022) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001401844>; <http://tinyurl.com/FTCBurger>.

¹⁶⁵ Benoliel & Buchan, לעיל ה"ש 35; Benoliel et al., לעיל ה"ש 73.

¹⁶⁶ Benoliel & Zheng, לעיל ה"ש 70.

¹⁶⁷ Fichter, לעיל ה"ש 22, בעמ' 39–41; Emerson, לעיל ה"ש 71, בעמ' 242. שם, אמרסון מבקר את השירותים המקוונים המשפטיים בארצות הברית, שאינם נותנים פתרון שניתן להשוותו לאיש מקצוע שיבחן את הזכייין.

¹⁶⁸ Emerson, לעיל ה"ש 71, בעמ' 241–242.

¹⁶⁹ Uri Benoliel, *Are Disclosures Really Standardized? An Empirical Analysis*, 62 VILL. L. REV. 1 (2017).

באמצעות מסמך בתנאים הדומים לדין האמריקאי. תנאים מיוחדים לדין האוסטרלי קיימים אפוא בהתנהלות מול הזכייין הפוטנציאלי:

א. עלון הצהרת מידע¹⁷⁰—מסמך שבו המזכה מציין לפני הזכייין הפוטנציאלי את הסכנות שבזכיינות ושבחוצאות לא צפויות, ונותן הסבר כללי על זכיינות והמלצה על בדיקות מטעם הזכייין.¹⁷¹

ב. הפניה לייעוץ מקצועי¹⁷²— לפני החתימה על הסכם הזכיינות על המזכה לקבל מהזכייין הצהרה חתומה שאושרה בידי איש מקצוע עצמאי (עורך דין, יועץ עסקי או רואה חשבון) או להראות שהוא המליץ לזכייין להתייעץ, אך זה בחר שלא לעשות כן.¹⁷³

אלמנטים נוספים אשר מהווים איזון לטובת הזכייין בדין האוסטרלי הם חיוב למסור את מסמך חובת הגילוי לא רק בנוגע לחתימה על הסכם, אלא גם לכל תשלום שלא ניתן להחזירו שקשור לעסקת הזכיינות¹⁷⁴ וזכות ביטול עסקה בתוך ארבע-עשרה ימים מיום כריתת ההסכם.¹⁷⁵ הינה כי כן, הדין האוסטרלי מתמודד (גם אם חלקית) עם הכשלים שנמצאו בדין האמריקאי, בדגש על וידוא הבנת הזכייין, מבחן התואם הן את המחקרים שצוינו לעיל בדבר חובת וידוא הבנתו של הזכייין והן את דרישת הפסיקה בישראל.

3. בריטניה

בבריטניה אין חקיקה בדיני זכיינות. הרשויות בבריטניה הבהירו שהן אינן מתכוונות לקבוע אסדרה, כיוון שתביעות בענייני זכיינות נדירות.¹⁷⁶ ה-British Franchise Association (להלן: "BFA") הוא ארגון אסדרה עצמאי, אשר מקדם קוד אתי שחל על חבריו בלבד.¹⁷⁷ בשל המוניטין שיש לקוד זה, יש למזכים אינטרס להצטרף אליו, כיוון שהוא בבחינת איתות על איכות המזכה.¹⁷⁸ הקוד האתי אף עשוי לסייע לעורכי דין ולזכיינים לכלכל צעדיהם בעסקיהם בהיעדר דין ברור.¹⁷⁹

¹⁷⁰ *Competition and Consumer (Industry Codes—Franchising) Regulation 2014* (Cth) sch 1 pt 1 div 2 para 8 (Austl.)

¹⁷¹ Stephen Giles & Nigel Jones, *Franchising Law and Practice in Australia*, 38 FRANCHISE L.J. 583, 593-594 (2019).

¹⁷² *Competition and Consumer (Industry Codes—Franchising) Regulation 2014* (Cth) sch 1 pt 2 div 2 para 10(2) (Austl.)

¹⁷³ Giles & Jones, לעיל ה"ש 171, בעמ' 595.

¹⁷⁴ *Competition and Consumer (Industry Codes—Franchising) Regulation 2014* (Cth) sch 1 pt 2 div 2 para 9(1) (Austl.)

¹⁷⁵ שם, sch 1 pt 3 div 5 para 26(1) (Austl.). יש לציין כי זכות ביטול זו מזכירה את זכות הביטול הקיימת בדיני הצרכנות. ניתן לראות בהוראה זו קירוב התפיסה של הדין האוסטרלי כי חוזה הזכיינות הוא חוזה צרכנות.

¹⁷⁶ John Pratt & James Barrett, *Franchising in The United Kingdom*, 38 FRANCHISE L.J. 1, (2018).

¹⁷⁷ Robert W. Emerson, *Directing the Franchise Law*, 12 INT'L J. FRANCHISE L. 41 (2014).

¹⁷⁸ Mendelson, לעיל ה"ש 28, בעמ' 149.

¹⁷⁹ Pratt & Barrett, לעיל ה"ש 176, בעמ' 2.

BARKOFF ET AL., לעיל ה"ש 150, בעמ' 302.

בפרשת Drivertime Recruitment Ltd Re DST Ltd נדונה הונאה של זכיינים שונים.¹⁸⁰ בית המשפט מצא שם כי קוד ה-BFA הוא אינדיקציה טובה לפרקטיקה נהוגה בדיני זכיינות, ולפיכך ציין את כללי הגילוי שם, לרבות הצהרה כמה זכיינים נכשלו והיסטוריית ליטיגציה.¹⁸¹ באשר לקביעה זו ראוי לציין את קביעת בית המשפט כי המזכה ניסתה במכוון להתחמק מהוראות קוד ה-BFA,¹⁸² ואת התנהלותו של נציג Drivertime, שהבין את דרישת הקוד¹⁸³ ואף אמר לזכייין כי החברה הגישה בקשת הצטרפות ל-BFA,¹⁸⁴ כאשר פעולה זו סייעה לצרף את הזכייין.¹⁸⁵

מנגד, בפסיקה שניתנה לאחרונה, במקרה שבו המזכה טען להפרת חובת גילוי (מצג שלא היה נכון), דחה בית המשפט את הטענה לביטול הסכם כיוון שהצדדים פעלו ביחד כשנתיים.¹⁸⁶ כן נקבע כי אין צורך להידרש לתנאי ה-BFA חרף העובדה שהנתבעים היו חברים בארגון, כיוון שלא הוכח מצג שווא.¹⁸⁷ נוסף על זה, בית המשפט הסתמך על העובדה שהמזכה חייבה את הזכייין לחתום על סעיף בהסכם שחייב אותו להיעזר בייעוץ עצמאי.¹⁸⁸ נראה כי אין בכך צמצום של פסק דין Drivertime,¹⁸⁹ שהרי אין התייחסות לפסק דין זה במסגרת ההליך, וייתכן כי בשל העובדה שלא היה ייצוג על ידי עורך דין,¹⁹⁰ נוצרה תוצאה זו.

¹⁸⁰ Drivertime Recruitment Ltd. Re DST Ltd [2004] EWHC 1637 (Ch).

¹⁸¹ שם, בפס' 35–36. להתחשבות דומה בקוד אחי בגרמניה, ראו Waldzus, לעיל ה"ש 33, בעמ' 4.

¹⁸² שם, בפס' 168(d).

¹⁸³ שם, בפס' 155.

¹⁸⁴ ראו שם, בפס' 156.

¹⁸⁵ שם, בפס' 96.

¹⁸⁶ London Business House Ltd v Pitman Training Ltd [2023] EWHC 1077 (Comm), בפס' 80. יצוין כי פסיקה זו עולה בקנה אחד עם הדין הקנדי במדינת אונטריו, אשר קובע כי במקרים שהמזכה לא ניפק כלל מסמכי גילוי, יש לזכייין תקופת זמן בת שנתיים שבה יוכל לבטל את הסכם הזכיינות ללא תשלום קנס, או תקופה בת 60 יום אם קיבל גילוי חלקי או פגום. ראו Arthur Wishart Act (Franchise Disclosure), S.O. 2000, c 6.

¹⁸⁷ שם, בפס' 81. מצג השווא שלו טען התובע היה כי המזכה הבטיח לו בלעדיות למוצר כאשר לאזור ההפצה. בית המשפט מצא לפי ההסכם כי יש בלעדיות לאזור ההפצה, אך היא חלה רק על מוצר בעל סימן מסחרי ולא על מוצר בכלליות. ראו שם, בפס' 75. יצוין כי בית המשפט דחה את הטענה הן מבחינה ראייתית (התובע לא הוכיח מצג שווא, והנתבעים כן הוכיחו כשאמרו את מה שטען שלא אמרו) והן מבחינה הסכמית (היה סעיף בהסכם שאותו היה התובע יכול לבחון במשך כמה חודשים) שלא אפשר להסתמך על מצגים טרום-חוזיים. ראו שם, בפס' 34–39, 75–79.

¹⁸⁸ שם, בפס' 77. יש למעשה התאמה בין סעיף זה לבין הדרישה בדין האוסטרלי לחיוב הזכייין ללכת לייעוץ עצמאי בנוגע לזיכיון, ראו בפרק הדין האוסטרלי.

¹⁸⁹ עם זאת, לדעתי, יש פיתוח משפטי של בית המשפט אשר מתייחס לצדדים כאנשי עסקים שווים, כאשר עובדתית, לא כך הדבר. ראו שם, בפס' 79. ייתכן כי הדבר נובע מכך שהיה לזכייין כמה חודשים לבדוק את ההסכם ואף הומלץ לו ללכת לייעוץ משפטי לפי ההסכם שעליו חתם. ראו שם, בפס' 77–78.

¹⁹⁰ שם, בפס' 75. צוין כי התובע ייצג את עצמו.

מבדיקה שנערכה¹⁹¹ נמצא כי שופטים ועורכי דין רבים אינם מכירים את ההלכה השלטת בזכינות בבריטניה, ובהתאם תוצאות פסק הדין האחרון. לפיכך עולה כי שימוש בקוד אתי ופיתוח פסיקתי¹⁹² לא בהכרח יפתרו את בעיית חוסר הוודאות במלואה כמו חקיקה ברורה.¹⁹³

ה. קווים מנחים להסדרת חובת הגילוי בחוזי זכינות

לאור כל האמור לעיל נוכחנו כי גם מבחינה תאורטית וגם מבחינה מעשית יש הצדקה לאסדרה של חובת גילוי בדיני זכינות ישראל.

מעיון בדין המשווה עולה כי ההבדלים בין גישותיהן של המדינות השונות נובעים לעיתים מכמות הסכסוכים שמגיעים לבתי המשפט בעניין זכינות. כך, למשל, בבריטניה נאמר כי אין אסדרה כיוון שאין מספיק סכסוכים שמצדיקים זאת. נוסף על זה, ההצדקה לאסדרה היא משיכת מזכים זרים לפיתוח השוק המקומי. שיקול זה משתנה ממדינה למדינה. אין חולק שבישראל, בשנים האחרונות יש מגמה מתגברת של סכסוכים בענייני זכינות, וכי משיכת מזכים לישראל תועיל לכלכלת ישראל. לפיכך בשל ההצדקות שפורטו, בהדגשת אלמנט איתות המדינה למשיכת מזכים זרים, כשלי הקוד האתי¹⁹⁴ והפיתוח הפסיקתי¹⁹⁵ שאינם פתרון מלא ושיקול הוודאות המשפטית – נראה כי אסדרה של המחוקק לעניין זכינות עסקית היא הרצויה.

אסדרה חקיקתית של חוזי זכינות יכולה להיות איתות לזכיינים ולמזכים שהמדינה טובה לעסקי זכינות.¹⁹⁶ שוק זכינות משגשג יכול לתרום תרומה גדולה לכלכלה,¹⁹⁷ בבחינת עידוד יזמים קטנים, ביצירת מקומות עבודה, בפיתוח קניין רוחני וכיצא באלה.¹⁹⁸ שיפור האסדרה של חובת גילוי עשויה לתרום הן בהיבט של הפחתת הזכיינים שייכשלו והן בהגברת יכולת

¹⁹¹ הבדיקה הייתה באמצעות שיחות עם עורכי דין בריטים.

¹⁹² Waldzus, לעיל ה"ש 33. לעניין זה, ראו שם את הסקירה על הדין הגרמני.

¹⁹³ ראו לעיל פרקים ב.1. ו-ד.2. בשולי הדברים ייאמר כי הדין הבריטי מאופיין על ידי הציבור הבריטי, וכי קודים של אתיקה ככלל לא נחלו הצלחה בשום מקרה שנבחן כמו שם.

¹⁹⁴ ראו לעניין זה את המצב הבעייתי שנוצר בבריטניה בפרק ה.3; כאן ראו את הביקורת על קוד אתי באיחוד האירופי, הן באשר לכמות החברים שמתחייבים לקוד האתי והן באשר לקושי האחידות שנוצר בשל הרגולציה העצמאית והלא אחידה של הקודים האתיים – Graeme Payne, *Legal Perspective of the Regulatory Framework and Challenges for Franchising in the EU*, 15 INT'L J. FRANCHISING 17 (2017).

¹⁹⁵ לפיתוח הפסיקתי בדין הגרמני, ראו Waldzus, לעיל ה"ש 33, בעמ' 10.

¹⁹⁶ Imed E. Bekhouche & Soheyb S. Kahlessenane, *An Overview of Franchising Law: Rakan F. Alrdaan*, ; *Why is it Important*, 1 INT'L J. L. & PUB. ADMIN. 41, 43 – 44 (2018) *Pre-Contractual Disclosure as a Cornerstone of the New Saudi Commercial Franchise Legislation*, 12 BEIJING L. REV. 228, 244 (2021)

¹⁹⁷ Luangsuvimol & Kleiner, לעיל ה"ש 4, בעמ' 70. שם, צוין כי אחד הסיבות לגודלה ולחוזקה של כלכלת ארצות הברית היא הזכינות.

¹⁹⁸ Bekhouche & Kahlessenane, לעיל ה"ש 196, בעמ' 42–43.

הזכיינים להקים עסק בשל גישה טובה יותר למקורות כלכליים,¹⁹⁹ ומכאן הגדלת תרומתה של זכיינות לכלכלה.²⁰⁰

נוסף על זה, יש קושי באסדרה פסיקתית. הפסיקה מטבעה אינה יכולה ואינה מוסמכת לייצר הסדרים מלאים ומפורטים לתחום הזכיינות. הקודים האתיים בישראל אינם יכולים להיות מקור מלא²⁰¹ בשל היותם חסרי מוניטין משמעותי שקיבל תוקף פסיקתי ואמורפיים מדי.²⁰² בחינה של דרך מקובלת בחיי המסחר, לפי הוראות החוק, אף היא אמורפית מדי ואינה מסייעת.²⁰³ לפיכך מובן כי נוצר חלל נורמטיבי – דבר שאינו רצוי.²⁰⁴ עם כל הקושי, אסדרה פסיקתית יכול שתהיה מוצדקת, אך רק לאחר שתימצא בסוגיה התמהמהות של המחוקק.²⁰⁵

¹⁹⁹ תופעה זו של גישה נרחבת יותר למקורות כלכליים של זכיינים לעומת זימים רגילים נעשתה שכחה יותר ויותר באוסטרליה, שם המזכים, בשיתוף פעולה עם הבנקים, מקילים על הזכיינים החדשים לקבל אשראי בנקאי. סיטואציה זו יצרה בעיות חדשות גם כאשר לפעולות הנוגעות בחובת הגילוי, כיוון שיש זכיינים אשר רואים בנתינת האשראי של הבנק איתות שהמודל הזכייני הוא טוב מסחרית, ולפיכך הם נמנעים מלבצע בדיקות כאשר לזיכיון. ראו Parliamentary Joint Committee, לעיל ה"ש 7, בעמ' 262-264.

²⁰⁰ Courtenay Atwell, *The Franchisee as a Consumer: Determining the Optimal Duration* Elizabeth C. ; of *Pre-Contractual Disclosure*, 38 J. CONSUMER POL. 457, 475 (2015) Spencer, *Conditions for effective disclosure in the regulation of franchising*, 22 INT'L REV. APPLIED ECON. 509, 511 (2008).

²⁰¹ לעניין שילוב קוד אתי היה אפשר להסתמך באמצעות הוכחה לשימוש חברות בקוד כנוהג, דבר שאכן מתרחש כפי הצהרותיהן של חלק מהחברות לפי המרכז לקידום זכיינות שהן משתמשות בקוד. ראו _____, לעיל ה"ש 75. זאת בדומה להשוואה לנוהג בעסקאות מקרקעין. ראו ת"א (מחוזי חי') 719/04 **מינהל מקרקעי ישראל נ' סולימאן**, בפס' 12 (נבו, 30.1.2007); ס' 5 לחוק המכר.

²⁰² "קוד האתי" **המכון הישראלי לזכיינות** סעיפים 6.1-6.3 <http://tinyurl.com/EthicsCode234>; בנוסף, השווו לסעיפים של הקוד האתי שככלל אינם ספציפיים, ובכך אינם פותרים את הבעיה שנוצרה בדין הישראלי: הקוד האתי של המרכז לקידום הזכיינות בישראל, לעיל ה"ש 75, אשר מצד אחד מציין חובה ספציפית: סעיף 4.4: רשת מזכה לא תציע זיכיונות למכירה אם היא נמצאת בקשיים כלכליים, חדלות פירעון או סכנה ממשית לפשיטת רגל, ומצד אחר מציין חובה כללית, וסעיף 4.4: "הרשת המזכה לא תמנע מזכיון פוטנציאלי לברר אודות הרשת ו/או בעליה, לשוחח עם זכיינים פעילים שלה ולהתעניין בכל מידע אשר יש בו רלוונטיות להתקשרות עימה".

²⁰³ **פרשת מאי השקעות**, לעיל ה"ש 89, בפס' 33. לעניין זה, ניתן לראות גם את הפיתוחים שנעשו בדין הגרמני באמצעות בתי המשפט שלא סייעו לוודאות בנושא חובת גילוי זכיינות. ראו Waldzus, לעיל ה"ש 33, בעמ' 10.

²⁰⁴ על מצב דומה שהיה טרם החקיקה באוסטרליה ועליו נמתחה ביקורת, ראו Alicia Hill, *Good Faith: Enforcement in Australia*, 11 Int'l J. Franchising 29 (2013).

²⁰⁵ רע"א 3126/00 **מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטיים וכוח אדם בע"מ**, נז (3) 220, בפס' 3 לפסק דינה של השופטת בניש (2003): "אחר בדיקה זו באתי לכלל מסקנה שראויה היא התובענה הייצוגית שתכנס לשיטתנו המשפטית בדרך המלך, ולא בדלת האחורית, עם זאת לא למותר להוסיף, כי אם יתמהמה המחוקק ויימנע מהסדרת הנושא בחקיקה, עלול הצורך לעשות שימוש בתובענה הייצוגית להכריע את הכף ולהביא להסדרתה בדרך השיפוטית על-אף מגרעותיה". מנגד ראו את דברי התגובה של נשיא העליון אהרון ברק בתגובה (דעת המיעוט), אשר סבר כי עבר מספיק זמן וניתן ליישם הסדרה על ידי בית המשפט. שם, בפס' 2 לפסק דינו של הנשיא ברק: "ואשר להתנהגות המחוקק, אכן מקובל עליו כי זהו שיקול ראוי, עם זאת בעניין שלפנינו המחוקק אכן התמהמה, ויש מקום להסדרה שיפוטית".

חובת מסמך גילוי מידע קיימת בעשרות מדינות בעולם,²⁰⁶ והמגמה היא הרחבת החקיקה בעניין זה.²⁰⁷ בחלק גדול מהמדינות החקיקה חדשה יחסית ולא מפותחת.²⁰⁸ כשתבוצע אסדרה, אם חקיקתית ואם פסיקתית, היא צריכה להביא בחשבון את הניסיון שהצטבר בעולם בנושא זכיינות עסקית,²⁰⁹ הן בבחינת רכיבי המידע השונים והן בבחינת הצגתם לזכייין הפוטנציאלי.

מבחינה עקרונית ניתן לייבא חלק ניכר מהכללים בדין האמריקאי והאוסטרלי וכללים שאינם קשורים לשוני בין מדינות שונות מבחינה משפטית או כלכלית.²¹⁰ אם תהיה אסדרה (פסיקתית או תחקיקתית) ולמען אבן בוחן למזכים הרוצים לקדם את התחום בישראל נציג להלן קווים מנחים:

ככלל, המידע המהותי אשר יש לחייב זכייין לפרטו במסמך גילוי צריך להיות קשור לסיכונים אשר נוטל הזכייין כאשר הוא נקשר בחוזה זכיינות עם המזכה, בבחינת צמצום הסיכונים בחוזה הזכיינות הללו, אגב התחשבות בפערי המידע בין הצדדים במהלך המשא ומתן.²¹¹ ושמירה על זכויות הצדדים.²¹² בקשר לכך יצוין כי יש גישות אשר תומכות במסירת מידע רב יותר שנובע משיקולים אשר אינם שיקולים של הפחתת סיכון הזכייין, כגון הגברת התחרות של המזכים כלפי הזכיינים.²¹³ תפיסה זו מתיישבת עם ההבנה שהמזכה הוא בעל הזיכיון, ולכן הוא יכול לבחור למכור את הזיכיון לכל המרבה במחיר. הוא קובע את תנאי החוזה ולכן יכול להקשות בחירה של זכיינים להבין איזה זיכיון מתאים להם יותר, באמצעות תנאים מורכבים שיקשו על הזכייין הפוטנציאלי להשוות בין הזיכיונות, בבחינת השוואת תפוחים לתפוחים. לגישתי, מדובר בהתערבות גסה מדי של השוק ותנאי המשא ומתן, והיות שלא הוכח שייגרם נזק או פגיעה בשוק בשל היעדר תנאי זה, בחרתי להתמקד בתנאים אשר שומרים על הזכיינים מסיכונים מיותרים.

²⁰⁶ לדוגמאות נוספות (איטליה וברזיל), ראו Barreto et al., לעיל ה"ש 153, בעמ' 17-18; לחלק ניכר מהמחוזות בקנדה, ראו Peter Snell, *Recent Legislative and Case Law Developments in Canada*, 17 INT'L J. FRANCHISING L. 28 (2019).

²⁰⁷ ראו פרק ה' לעיל.

²⁰⁸ Forgas et al., לעיל ה"ש 153.

²⁰⁹ ראו לעיל את הפסיקה בה"ש 154.

²¹⁰ Forgas et al., לעיל ה"ש 153, בעמ' 30-32. הכללים שאינם קשורים לשוני המשפטי או הכלכלי מורכבים ברובם ממידע כללי, לרבות היסטוריית הזיכיון; היסטוריית ליטיגציה; עלויות רכישת הזיכיון ותמלוגים; היסטוריית בנקאית; מספר זכיינים, התחום הגאוגרפי של הזיכיון והתחייבויות שונות. כלל עיקרי אשר יכולים להשתנות ממדינה למדינה שמורכבים מהיבט משפטי וכלכלי הוא - מבחינתי למחוק תחזיות הרווח שמושפעות מהמיסוי השונה בין מדינות.

²¹¹ Forgas et al., לעיל ה"ש 153, בעמ' 23. שם, הוצע כי יש לחייב את המזכה לחשוף מידע שהזכייין אינו יכול לקבל בלי מאמץ מיוחד.

²¹² למשל, אין להטיל על המזכה חובה רחבה מדי של גילוי מידע שאינה קשורה לעסקת הזכיינות הספציפית, מחשש לפגיעה בסוד מסחרי וכיוצ"ב. ראו Waldus, לעיל ה"ש 33, בעמ' 6.

²¹³ דוגמה אחד היא הדין האוסטרלי. לגישה האוסטרלית, ראו Giles & Jones, לעיל ה"ש 171, בעמ' 594. לעניין מחקר רלוונטי, ראו Benoliel, לעיל ה"ש 169.

מוצע לכלול את הפרטים הבאים בגילוי מידע, שרצוי שיעשה בכתב:²¹⁴ עבר כלכלי של המזכה, לרבות פשיטת רגל וקושי כלכלי;²¹⁵ חוקיות הפעלתו של הזיכיון (מצב הנכס העתידי);²¹⁶ היסטוריית ליטיגציה של המזכה אל מול זכייניות;²¹⁷ פירוט הזכיינים הפעילים והסכמי הזיכיון שהסתיימו אצל המזכה, לרבות פירוט אופן סיום צורת ההתקשרות,²¹⁸ עלויות הזיכיון והפעלתו.²¹⁹ רשימה זו אינה סגורה, ויכול שתפתח לפי נסיבות החיים.²²⁰ כאמור, הפרמטרים כשלעצמם אינם מספיקים, ויש להכווין את המזכים איך להציגם לזכיינים כדי שיבינו אותם. הדינים הקרובים לזכיינות שמחייבים וידוא הבנה,²²¹ בצירוף המחקרים שמראים שזכיינים, אשר בדרך כלל הם יזמים צעירים, חסרי ניסיון מקצועי, שנוטים

²¹⁴ המלצה זו נכתבת חרף פסיקת המחוזי כי הסכם זכיינות יכול להיכרת בעל פה. ראו ת"א (מחוזי מרכז) 36621-12-17 **חומוס אליהו מיקנעם בע"מ נ' משיטה**, בפס' 14 (נבו 19.12.2018).

²¹⁵ עניין זה מצוי בקוד האתי של המרכז לקידום זכיינות בישראל והוא גם חלק מפרשת בנדורה. ראו המרכז לקידום הזכיינות בישראל, לעיל ה"ש 75; פרשת **בנדורה**, לעיל ה"ש 143.

²¹⁶ תנאי זה הוא יישום של המידע המהותי שנקבע בפרשת מאי השקעות ובעניין בלהנס. ראו **פרשת מאי השקעות**, לעיל ה"ש 89; עניין **בלהנס**, לעיל ה"ש 82.

²¹⁷ הטעיה בנוגע למידע זה היא מרבית הליטיגציה. BARKOFF ET AL., לעיל 150, בעמ' 359; בפרשת מאי השקעות לעיל ה"ש 89, העלות של השיפוצים (למעשה עלות ההקמה) הייתה גבוהה במידה ניכרת מהעלות שהוצגה במשא ומתן; לעיל ה"ש 97; לעיל ה"ש 95; ראו גם את הגישה הגרמנית אשר אומרת שאת היסטוריית הליטיגציה יש לחשוף כל עוד היא קשורה לזיכיון הספציפי Waldzustus, לעיל ה"ש 33, בעמ' 8. ראו גם Rodríguez-Rad et al., לעיל ה"ש 23, בעמ' 299, בנוגע לכך שריבוי ליטיגציה היא אינדיקציה לכך שהמזכה עלול להיכשל.

²¹⁸ למשל: אם הזכיון עזב לפני תום החוזה; אם הסיום נגרם בגלל כססוך משפטי; אם החוזה הסתיים עד תומו; אם היו הארכות חוזה טרם סיום ההתקשרות וכדומה. תנאי זה מבוסס על הניסיון מן המקרים שבפרשת בנדורה, ראו לעיל ה"ש 143 בשילוב התנאים הנדרשים לפי הדין האמריקאי, BARKOFF ET AL., לעיל ה"ש 150, 105–104, 112, 111–114, האוסטרלי *Competition and Consumer (Industry Codes)*—117–114, האוסטרלי *Franchising Regulation 2014 (Cth) sch 1 annex 1 para 17A – 17B (Austl.)* והקוד האתי של ה-BFA, פרשת *Drivertime*, לעיל ה"ש 180, בפס' 35.

²¹⁹ רכיב זה יכול להכיל בתוכו גם את מועד תוקפה של הפעלת הזיכיון בבחינת מועד תחילת ההכנסות; עלויות שיפוף; עלויות תמלוגים וכיוצ"ב. יצוין כי ייתכן שרכיבים מסוג זה לא יוגלו במלואם על ידי הזכיון בבחינת תחזית רווח עתידית, שהרי יש מקרים שונים שבהם המזכה עצמו אינו יכול לדעת מה תהיה רווחיות הזיכיון, בין שמדובר במיקום חדש שלא נבחן ובין בשל העובדה שאין למזכה מידע על יכולת המכירות והניהול של הזכיון, אשר אף היא גורם אשר משפיע על תחזית הרווח.

²²⁰ יובהר כי כשמדובר באסדרה חקיקתית הרשימה תהיה סגורה אלא אם המחוקק או השר הרלוונטי יבצעו שינוי. כשמדובר באסדרה פסיקתית הרשימה תהיה פתוחה ואפשר שתפתח ממקרה למקרה. בהקשר זה יצוינו התפתחויות חדשות במדינת אוסטרליה בעניין מימון בנקאי אשר בו המזכים מסייעים לזכיינים, ולמעשה, במתכוון או שלא במתכוון, עלולים לפגוע ביכולת הזכיון הפוטנציאלי לבחון את העסקה. ראו Parliamentary Joint Committee, לעיל ה"ש 7, בעמ' 264–262. כן ראוי לציין במאמר מוסגר פסיקה גרמנית שלפיה אין צורך כלל ברשימה קבועה של מידע שהמזכה חייב לגלות, וכי רשימה זו אמורה להשתנות ממקרה למקרה לפי סוג הצדדים. ראו OLG Hamm, Judgment; OLG Munchen, NJW 1994, 667 f; Forgas et al., of 22 December 2011, file No. 19 U 35/10, לעיל ה"ש 153.

²²¹ ראו את המקורות שאוזכרו לעיל בה"ש 138.

לא לבדוק את המידע או להתעלם ממנו,²²² והמחקרים שמראים כי מסמך גילוי כשלעצמו אינו מספיק²²³ – אלה מצדיקים את קיום החובה הזו.

מבחינים לבדיקת חובה זו ייעשו באמצעות נטל ראייתי בשילוב המבחינים שצוינו בפסיקה המשווה, שאינם רשימה סגורה. הנטל להוכחתו של תנאי הבנת המידע ירבוץ על כתפי המזכה, אך יעבור אל כתפי הזכייין אם המזכה יוכיח כי איש מקצוע חיצוני אישר שהזכייין הבין את המידע המהותי,²²⁴ וניתן לזכייין זמן סביר לבחון את המידע.²²⁵ אם המזכה לא דאג שהזכייין יחתום על המסמך, או שהיה פגם כלשהו בחתימה על המסמך, הנטל יישאר על כתפיו של המזכה, אך הוא יוכל לעבור לכתפיו של הזכייין בהתחשב בנסיבות שונות, כגון התחשבות בניסיון העסקי של הזכייין,²²⁶ רמת ההשקעה הכספית של הזכייין²²⁷ והתנהלות הצדדים במשא ומתן שקדם לחתימה על הסכם הזיכיון.²²⁸

אכן, אין פתרון מושלם לחובת גילוי במשא ומתן בין מזכה לזכייין. חובת הגילוי המוגברת לזכיינים המוצעת טומנת בחובה פגיעה כלשהי אם במזכים (בדמות הטלת עלויות הקשורות לגילוי וחשש לפגיעה בסודות מסחריים) ואם בזכיינים ובלקוחות הרשת (בדמות גלגול העלויות). יש בה חשש מאסדרת יתר של הדין אשר תעמיס על הכלכלה ותקשה על הפיתוח הכלכלי של עולם הזכיינות ותרומתו למשק.²²⁹ עם זאת לדעתי היתרונות באסדרה עולים על החסרונות. אסדרה חקיקתית של חובת גילוי בדיני הזכיינות בישראל תעודד צמיחת עסקים

²²² ראו את המקורות לעיל בה"ש 70-73.

²²³ ראו פרק ה.1.; כן ראוי לציין את הגישות המחמירות יותר באוסטרליה שמחייבות פרוצדורות שמוודאות הבנה, ראו פרק ה.2.; כן ראו את הגישה הגרמנית שדורשת שהזכייין יוכל לקבל החלטה מדעת בנוגע למידע שנפרס לפניו, Forgas et al., לעיל ה"ש 153, בעמ' 25.

²²⁴ הצעה זו היא שילוב של הצעת ועדת הזכיינות הישראלית, לעיל ה"ש 78, עם הדין האוסטרלי, לעיל ה"ש 172-173, והצעתו של המלומד Emerson לעיל ה"ש 71, בעמ' 241-242. לשימוש בגישה זו ראו דברי כבוד השופטת אילה גזית בפס' 7 לפרשת אברמוב, לעיל ה"ש 125: "התובעת פנתה לעורך-דין אשר ייצג אותה במסגרת הסכם הזיכיון [...] על-כן, טענת התובעת לפיה מערך הכוחות בינה לבין הנתבעת אינו שווה הואיל ומדובר באישה מן היישוב שאינה מהתחום – דינה להידחות".

²²⁵ תנאי זה מבוסס על תנאי רווח בדין המשווה שדורש מהמזכה לתת לזכייין בדרך כלל כשבועיים לעיין במסמכי הגילוי טרם החתימה על ההסכם, ראו לעיל פרק ה.1. בנוגע לדין האמריקאי.

²²⁶ אינדיקציה זו מבוססת על הרעיון מהדין האמריקאי בשילוב המחקר שדורש השכלה ברמה גבוהה מזכייין כדי להבין מסמכי גילוי. לדיון בחשיבות ההשכלה לצורך הבנה, ראו את המקורות לעיל בה"ש 70. לקישור לדין האמריקאי, ראו את המקורות לעיל בה"ש 162.

²²⁷ זאת בדומה לרעיון מהדין האמריקאי, ראו לעיל ה"ש 162.

²²⁸ למשל, אם מאפשרים לזכייין לבחון את ההסכם ולהעיר הערות, תידחה טענה בנוגע למידע הנדון כמידע שאינו מובן, ראו ת"א 17-05-2422 לסינגר נ' שרון (נבו, 12.4.2020), שאושר בערעור פרשת שרון, לעיל ה"ש 86. יש כלים נוספים שניתן להשתמש בהם כדי לטייב את חובת הגילוי בדיני הזכיינות בישראל באמצעות שימוש בדין הזר. למשל, התנאי המצוין במאמרו של בנוליאל בנוגע לאחידות מסמך הגילוי של המזכה לזכייין, או תנאי מהדין הקנדי אשר קובע כי אי-העברת מסמך הגילוי לא תבצע בתוך זמן מסוים יש בהם לאפשר ביטול הסכם הזכיינות. ראו Benoliel, לעיל ה"ש 169; Snell, לעיל ה"ש 206, בעמ' 28. ואולם, מטרת מאמר זה כאמור היא יצירת תוכן למושג "מידע מהותי ווידוא הבנת המידע", ולכן לא מצאתי לנכון להרחיב עוד בעניין זה.

²²⁹ למאמר שמשווה בין רגולציות שונות וטוען כי במקרים מסוימים מדובר באסדרות שמקשות על הכלכלה, ראו Abell, לעיל ה"ש 137.

קטנים החשובים לכלכלה ויכולה אף להקל על מזכים בין-לאומיים,²³⁰ ובכך תשפר את המצב הנוכחי של הדין הישראלי.²³¹

1. סיכום

מאמר זה מנתח את מצבה החוקי כיום בישראל של חובת הגילוי בדיני זכיינות ומציע קווים מנחים להתמודדות עם הכשלים הקיימים. המאמר מסביר את האינטרסים של המזכה ושל הזכייין בבואם לכרות חוזה זכיינות ומראה כי מבחינה עסקית, משפטית וחברתית יש הצדקה לחובת גילוי מוגברת בדיני זכיינות שתהיה תואמת את הפסיקות האחרונות בישראל. המאמר מבקר את הפסיקות בישראל בשל היותן אמורפיות מדי, דבר אשר עלול לגרום לחוסר ודאות ולצינון שוק הזכיינות הישראלי.

בחיפוש אחר פתרונות במשפט המשווה נמצא כי מסמך גילוי המכיל בתוכו רכיבים קבועים של מידע שנקבעו על ידי גורם שלישי (מדינה או מועצה לקוד אתר), שהמזכה יעבירו לזכייין, הוא הפתרון השכיח ביותר לבעיית פערי המידע. עם זאת נמתחה על פתרון זה ביקורת בשל פערי הידע והציפייה בין הזכייין למזכה, אשר פוגעים ביעילות וזהו מסמך הגילוי.

המשכו של המאמר מציע קווים מנחים ליישום חובת הגילוי בדיני זכיינות, תוך כדי פנייה הן למחוקק והן לבתי המשפט. המתווה מסייע הן למזכים, המנהלים משא ומתן, להתנהל כראוי ולקיים את חובתם להעביר מידע לזכיינים ולוודא שהבינו אותו, ובתוך כך למנוע מעצמם להיות חשופים לתביעות, והן לזכיינים, אשר יוכלו לקבל החלטה מושכלת יותר הנוגעת בשאלה אם להיכנס לעסקת זכיינות.

²³⁰ ההקלה על המזכים הבין-לאומיים תהיה בבחינתם אם וכיצד להיכנס לשוק המקומי. כאשר מזכה בין-לאומי נכנס לשוק המקומי הוא בוחן את המצב במדינה בחינה משפטית. ככל שהמצב ברור יותר וודאי יותר, כך השיקולים שלו להיכנס יהיו פשוטים יותר ויתמרצו אותו להיכנס לשוק המקומי. אי-ודאות במשפט המקומי בנוגע למצב המשפטי, כפי שקיימת עכשיו בישראל, עשויה להרחיק מזכים בין-לאומיים שלא יוכלו לדעת בבירור מהם הסיכונים שלהם להרחבת פעילותם לשוק המקומי.

²³¹ לעניין זה ראו את הקריאה לאסדרתה של חובת גילוי באתיופיה ככלי למשוך השקעות בין-לאומיות, פיתוחים טכנולוגיים ועידוד עסקים קטנים ובינוניים. Tegegne Zergaw, *Franchising in Ethiopian; the Need for Regulation*, 9 BAHIR DAR U. J. L. 23 (2018); להצדקותיו, ראו פרק ג.2 לעיל.